



Roj: **STS 546/2022 - ECLI:ES:TS:2022:546**

Id Cendoj: **28079149912022100015**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **08/02/2022**

Nº de Recurso: **3087/2020**

Nº de Resolución: **119/2022**

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

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3087/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 119/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a. María Luz García Paredes

D.^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 8 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia de 25 de junio de 2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en el recurso de suplicación núm. 1762/2019, formulado frente a la sentencia de 23 de abril de 2019, dictada en autos nº 429/18, por el Juzgado de lo Social núm. nº 4 de Valencia, seguidos a instancia de D.^a. Cecilia contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre prestaciones.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Letrado D. Blas Alguacil Ramos, en la representación que ostenta de D.^a. Cecilia .

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de abril de 2019, el Juzgado de lo Social nº 4 de Valencia, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por Dña. Cecilia frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaro el derecho de la actora a percibir la prestación de jubilación activa en el porcentaje del 100%, condenado al organismo demandado a estar y pasar por esta declaración y demás consecuencias legales inherentes a la misma".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: "PRIMERO.- La trabajadora demandante Cecilia con DNI NUM000, afiliada a la Seguridad Social con nº NUM001, es pensionista de jubilación en su modalidad "activa", reconocida en resolución de fecha 4-07-2016, con efectos de 1-07-2016, con el porcentaje del 100% de una base reguladora mensual de 797,48 euros, percibiendo un importe de 398,74 euros, equivalente al 50% por jubilación activa.

SEGUNDO.- La demandante ha figurado de alta en RETA desde el 1-12-1978. TERCERO.- En fecha 30-11-2017 la actora presentó escrito solicitando acogerse a los beneficios de la jubilación "activa" para compatibilizar la realización de una actividad por cuenta propia con la percepción del 100% de la cuantía de la pensión de jubilación.

CUARTO.- Mediante resolución de fecha 28-12-2017 se denegó dicha solicitud, considerando la Entidad Gestora que no acredita tener contratado como persona física al menos un trabajador por cuenta ajena, añadiendo que, comprobadas las bases de datos de la TGSS los trabajadores pertenecen a la empresa DIRECCION000 CB.

QUINTO.- Disconforme, consta formulada reclamación administrativa previa en fecha 5-02-2018, que fue expresamente desestimada en resolución de 4-04-2018.

SEXTO.- La demandante es socia de la CB DIRECCION000".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia la cual dictó sentencia en fecha 25 de junio de 2020 en la que, manteniendo el relato fáctico de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social Nª 4 de Valencia, de fecha 23 de abril de 2019, sobre jubilación activa, y en su consecuencia, debemos ratificar el fallo de la sentencia de instancia".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, por la representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 17 de junio de 2020, en el recurso de suplicación nº 667/2019. El motivo de casación alegaba la infracción de lo dispuesto en el artículo 214.2 párrafo segundo en relación con lo dispuesto en el artículo 305 de la LGSS, así como lo establecido en el artículo 1.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores.

QUINTO.- La Sala procedió a admitir a trámite el citado recurso e impugnado el recurso por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 2 de diciembre de 2021.

SEXTO.- En Providencia de fecha 1 de diciembre de 2021, se suspendió el señalamiento acordado para el día 2 de diciembre de 2021.

SÉPTIMO.- En Providencia de fecha 15 de diciembre de 2021, se hacía constar lo siguiente: "Estima la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en **Pleno**, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día **veintiséis de enero** de dos mil veintidós, convocándose a todos los Magistrados de la Sala", llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada. En dicho acto la Excm. Sra. Magistrada Ponente D.ª Concepción Rosario Ureste García, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Excm. Sra. Magistrada D.ª Mª Luisa Segoviano Astaburuaga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en resolver si tiene derecho a percibir la pensión de "jubilación activa", en el porcentaje del 100%, la trabajadora autónoma, que forma parte de una comunidad de bienes y dicha comunidad ha contratado a trabajadores por cuenta ajena.

2.- El Juzgado de lo Social número 4 de los de Valencia dictó sentencia el 23 de abril de 2019, autos número 429/2018, estimando la demanda formulada por DOÑA Cecilia contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre JUBILACIÓN, declarando el derecho de la actora a percibir la prestación de jubilación activa en el porcentaje del 100 %, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y demás consecuencias legales inherentes a la misma.

Tal y como resulta de dicha sentencia, la actora es pensionista de jubilación en su modalidad "activa", reconocida el 4 de julio de 2016 y con un porcentaje del 100 % de la base reguladora, percibiendo el importe del 50% por "jubilación activa", figurando de alta en el RETA desde el 1/12/1978. El 30/11/2017 presentó escrito solicitando acogerse a los beneficios de la "jubilación activa" para compatibilizar la realización de una actividad por cuenta propia con la percepción del 100% de la cuantía de la pensión de jubilación, habiéndosele denegado por resolución de la Entidad Gestora de 28 de diciembre de 2017. La actora forma parte de una comunidad de bienes y dicha comunidad tiene contratados trabajadores por cuenta ajena.

3.- Recurrida en suplicación por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó sentencia el 25 de junio de 2020, recurso número 1762/2019, desestimando el recurso formulado.

La sentencia entendió que "en el presente la titularidad del centro de empleo lo ostenta una comunidad de bienes de la que forma parte la trabajadora jubilada, no siendo una entidad con personalidad jurídica propia e independiente de sus propietarios quienes responden directamente de las obligaciones contraídas por la comunidad.

La solución alcanzada por la juzgadora de instancia incide en este matiz para equiparar la contratación directa a la q se refiere el precepto legal invocado con la contratación a través de una comunidad de bienes y sostiene para ello que *"El artículo 305.1 de la Ley General de la Seguridad Social define al trabajador autónomo que actúa laboralmente como persona física y en el apartado 2 de dicho precepto se recogen otras actividades que llevan al encuadramiento en el RETA, incluyendo en el apartado d) a los comuneros de las comunidades de bienes"*. Es cierto que la actora ejercita su actividad en cuanto a miembro de la comunidad de bienes y no como autónoma persona física en el sentido tradicional que defienden las Entidades Gestoras y que quien actúa como empresa y empleadora es dicha Comunidad de bienes. No obstante, y siguiendo la posición doctrinal que sostienen tanto la Sala del País Vasco como la Sala de Valladolid, esta Sala entiende que debe rechazarse el recurso en este caso concreto en el que la actora es miembro de una comunidad de bienes, dado que ésta, a diferencia de otras modalidades de sociedad civil o mercantil, no tienen personalidad jurídica distinta a la de los comuneros y no limitan la responsabilidad societaria a su patrimonio, sino que la responsabilidad económica y laboral que pudiera imputarse a las comunidades de bienes alcanza a las personas físicas de los comuneros, lo que obliga a que los componentes de dichas."

4.- Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el 16 de junio de 2020, recurso número 677/2019.

El Letrado D. Blas Alguacil Ramos, en representación de DOÑA Cecilia , ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el 16 de junio de 2020, recurso número 677/2019, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Millán frente a la sentencia de fecha 13 de marzo de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de los de Murcia, en autos número 285/2018, seguido a instancia del recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, confirmando la sentencia de instancia.

Consta en dicha sentencia que la parte demandante constituyó con D.^a Amelia la comunidad de bienes DIRECCION001 , por escritura de 9 de diciembre de 2016, para la actividad comercial de farmacia, ortopedia y parafarmacia, siendo el demandante titular del 80% de la comunidad y D.^a Amelia la del 20% restante.



Dicha comunidad cuenta con tres trabajadores por cuenta ajena a fecha de 7 de marzo de 2019. El 26 de junio de 2018 presentó solicitud de jubilación con compatibilidad de trabajo por cuenta propia. El INSS dictó resolución de 30 de julio de 2018 por la que reconocía a la parte demandante la prestación de jubilación con una base reguladora de 1.595,76 euros mensuales, pensión de 116 % sobre la base reguladora (1.851,08 euros mensuales), reducida al 50%, por aplicación del art. 214.2. de la LGSS, resultando un total de 925,54 euros mensuales y fecha de efectos de 1 de julio de 2018.

La sentencia entendió que si bien el actor está dado de alta en el RETA no tiene contratado a ningún trabajador para la labor que ejercita como trabajador autónomo, sino que los tres trabajadores que prestan sus servicios en la oficina de farmacia han sido contratados por la comunidad de bienes constituida por el actor, con un 80% de participación, y su esposa con un 20%, aunque es cierto que la responsabilidad en dicha figura jurídica es de los propios socios que la integran, pero ello es una cuestión ajena a la problemática de Seguridad Social, en que el referido precepto exige, para acceder a la prestación la modalidad pretendida, que la actividad se realice por cuenta propia y se acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, lo que implica que el trabajador autónomo ha de tener contratado al menos a un trabajador, y, en el caso de autos, el trabajador autónomo no tiene contratado a ningún trabajador por cuenta ajena, sino que tal contratación es de una comunidad de bienes constituida para la explotación de la oficina de farmacia, en que existe participación de dos socios, quienes responderán con su propio patrimonio por la deudas de forma externa de forma mancomunada, pero internamente existirá solidaridad, situación que es diferente a cuando es el propio trabajador autónomo el que responde de la totalidad de las deudas; por lo que el acceso al 100% de la pensión de jubilación activa solo puede predicarse respecto de los empresarios personas físicas que estén dados de alta como autónomos por ser trabajadores por cuenta propia (art. 305.1 LGSS), no respecto del resto de trabajadores autónomos del art. 305.2 LGSS, ya que en estos casos el empresario para el que están dados de alta los trabajadores por cuenta ajena es un empresario distinto, de manera que las relaciones laborales no se extinguen por la jubilación del trabajador autónomo.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

En efecto, en ambos supuestos se trata de personas trabajadoras autónomas que forman parte de una comunidad de bienes y solicitan la pensión de jubilación activa en el porcentaje del 100%, teniendo la citada comunidad contratados a trabajadores.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- 1.- El recurrente alega que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el artículo 214.2 de la LGSS, en relación con lo dispuesto en el artículo 305 de la LGSS, así como lo establecido en el artículo 1.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores.

En esencia alega que en el derecho laboral se permite que un ente sin personalidad jurídica pueda asumir la posición de empleador en el contrato de trabajo por así disponerlo la ley de forma expresa, y esto es lo que sucede en el caso presente en el que la demandante no tiene ningún trabajador a su cargo pues los trabajadores contratados lo son por la Comunidad de Bienes DIRECCION002 CB de la cual la demandante forma parte como comunera. En definitiva no se cumple el requisito de tener contratado al menos un trabajador por cuenta ajena, sin que puedan imputársele directamente los trabajadores contratados por la CB de la que forma parte y por ello cuando el partícipe se jubila, vende su participación o fallece el contratado continúa con su relación laboral dependiente de la comunidad que actúa como empleadora en su contrato de trabajo.

2.- Reproducimos a continuación las normas que se han de tomar en consideración para resolver la cuestión debatida:

Estatuto de los Trabajadores

Artículo 1. Ámbito de aplicación.

"1. Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

2. A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas."

Ley General de la Seguridad Social

Artículo 7. Extensión del campo de aplicación.

"1. Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:...

b) 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".

Artículo 305. Extensión.

"1. Estarán obligatoriamente incluidas en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos las personas físicas mayores de dieciocho años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, en los términos y condiciones que se determinen en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo.

2. A los efectos de esta ley se declaran expresamente comprendidos en este régimen especial:...

d) 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, a los que se refiere el artículo 1.2.b) de la Ley 20/2007, de 11 de julio."

Artículo 314. Alcance de la acción protectora.

"La acción protectora de este régimen especial será la establecida en el artículo 42, con excepción de la protección por desempleo y las prestaciones no contributivas"

Las prestaciones y beneficios se reconocerán en los términos y condiciones que se determinan en el presente título y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo".

Artículo 318. Normas aplicables.

"Será de aplicación a este régimen especial...:

d) En materia de jubilación, lo dispuesto en los artículos 205; 206 y 206 bis; 208; 209, excepto la letra b) del apartado 1; 210; 213 y 214 y la disposición transitoria trigésima cuarta".

Artículo 214. Pensión de jubilación y envejecimiento activo.

"1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 213, 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:...

2. La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista. . (La jubilación activa fue regulada en el art. 2 del RDL 5/2013, de 15 de marzo),.

No obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento. (Añadido por Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo)

La pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social. No obstante, en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por ciento, excepto en el supuesto de realización de trabajos por cuenta propia en los términos señalados en el párrafo anterior....

5. Finalizada la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación. Igual restablecimiento se producirá en el caso de cese en la actividad por cuenta propia cuando no se dieran las circunstancias señaladas en el párrafo segundo del apartado 2".

Disposición final sexta bis. Ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena.



"Con posterioridad, y dentro del ámbito del diálogo social, y de los acuerdos en el seno del Pacto de Toledo, se procederá a aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad establecido entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos regulado en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 214 de la presente Ley". (Añadido por Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo)".

Código Civil

Artículo 392.

"Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas.

A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título"

Artículo 393.

"El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas.

Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad".

[

Artículo 394.

"Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho".

Artículo 395.

"Todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. Sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio".

Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo

Artículo 1. Supuestos incluidos.

"1. 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...

2. Se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el apartado anterior:

b) 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".

3.- Asimismo hemos de tener presentes los siguientes instrumentos no normativos:

1. La Recomendación de la OIT sobre los trabajadores de edad, 1980 establece en su apartado 30:

"(1) En el curso de los años que preceden el fin de la actividad profesional, deberían ponerse en práctica programas de preparación para el retiro con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores y de otros organismos interesados [...]

(2) Tales programas deberían, en particular, permitir a los interesados hacer planes para su jubilación y adaptarse a esa nueva situación, proporcionándoles informaciones acerca de: [...] (b) las posibilidades y condiciones de continuación de una actividad profesional, especialmente a tiempo parcial, como también la posibilidad de constituirse en trabajadores por cuenta propia."

2. La Recomendación del Consejo 82/857/CEE, de 10 de diciembre de 1982, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación, invita a los Estados miembros a que reconozcan como uno de los objetivos de su política social, la implantación de la jubilación flexible y les recomienda la implantación progresiva de dicha jubilación flexible.

3. La Recomendación de 25/01/2011 del Pacto de Toledo propone que, "Hay que introducir esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión. Resulta adecuada, en la misma línea que otros países de nuestro ámbito, una mayor compatibilidad



entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral".

CUARTO.-1.- Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la interpretación del artículo 214.2 de la LGSS, entre otros, en los siguientes asuntos:

-La sentencia de 23 de julio de 2021, recurso 2956/2019, resolvió acerca del derecho a la "jubilación activa" con el porcentaje del 100% de pensión del consejero o administrador de una sociedad mercantil, cuyo control efectivo ostenta, en la que ejerce, además, funciones de dirección o gerencia o realiza otros servicios para la misma, teniendo dicha sociedad contratados a varios trabajadores por cuenta ajena.

La sentencia entendió que no procedía el reconocimiento del derecho postulado pues el demandante no cumple los requisitos establecidos en el artículo 214.2 de la LGSS. Por una parte, acreditado que ejerce funciones de administrador único de la sociedad mercantil desempeñando funciones de dirección y gerencia para ella de manera habitual, personal y directa, 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 la controle societariamente, puesto que dicho control no desactiva la personalidad jurídica de la mercantil, claramente diferenciada de la del citado señor.

Por otra parte, los trabajadores fueron contratados por la sociedad, toda vez que, el cumplimiento de los requisitos, exigidos por los arts. 2.2.c LETA y 305.2. b LGSS, justifica la condición de trabajador autónomo del demandante, así como su inclusión en el RETA, pero dichas circunstancias no comportan que los contratos laborales, realizados por la sociedad, se le adjudiquen al demandante, aunque tenga control efectivo sobre la misma, puesto que la sociedad disfruta plenamente de su personalidad jurídica y fue dicha mercantil quien contrató a sus trabajadores, asumiendo los costes de dichas contrataciones.

En idéntico sentido las sentencias de 23 de julio de 2021, recurso 4416/2019; recurso 1328/2020; 1459/2020; 1515/2020; 1702/2020 y la de 21 de septiembre de 2021, recurso 1539/2020.

2.- El supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala presenta ciertas diferencias con los hasta ahora examinados de los que se ha consignado una síntesis en el apartado anterior.

En efecto, la demandante, ahora recurrida, no es una autónoma administradora o consejera de una sociedad mercantil, que haya contratado a trabajadores por cuenta ajena, sino que es una autónoma, que pertenece a una comunidad de bienes, que es la que ha efectuado la contratación de trabajadores por cuenta ajena.

La Sala alcanza la misma conclusión que en los precedentes asuntos por las siguientes razones:

Primera: Atendiendo a la literalidad de la norma: El artículo 214 LGSS dispone: "La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento... No obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento"-

Se exigen dos requisitos para tener derecho al 100% de la pensión, a saber, el realizar una actividad por cuenta propia y tener contratado al menos a un trabajador por cuenta ajena.

La actora cumple el primer requisito ya que realiza una actividad por cuenta propia -es autónoma farmacéutica- pero no cumple el segundo ya que no tiene contratado a ningún trabajador por cuenta ajena. Los trabajadores figuran contratados por la comunidad de bienes de la que la actora forma parte junto con otro u otros comuneros, pero no por la actora.

Segunda: El artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores establece: "A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior...", por lo tanto, el empresario puede ser persona física, persona jurídica o comunidad de bienes.

En este caso no es la actora, persona física, la que ha contratado a los trabajadores, sino la comunidad de bienes de la que forma parte y que es un sujeto diferente de la actora.

Tercera. Atendiendo a la finalidad de la norma, respecto a la que se ha pronunciado la sentencia de esta Sala de 23 de julio de 2021, recurso 2956/2019:

"..son la promoción del envejecimiento activo, impulsada expresamente por la normativa internacional ya citada, así como por la Recomendación 25/1/2011 de la Comisión de Seguimiento del Pacto de Toledo y asegurar que, el acceso a la compatibilidad del 100% de la pensión de jubilación garantice la contratación de, al menos, un trabajador por cuenta ajena o, en su defecto, el mantenimiento de uno de los contratos existentes. Se equilibra, de esta manera, el esfuerzo de la sociedad para posibilitar efectivamente la jubilación activa con



una compatibilidad del 100% de la pensión de jubilación, siempre que la actividad del jubilado activo sea por cuenta propia y, que su jubilación asegure, al menos, la contratación de un trabajador por cuenta ajena o, en su defecto, el mantenimiento de un contrato de trabajo ya existente, cuyos costes corren exclusivamente por parte del jubilado, quien contribuye, con la prolongación de su vida activa, a paliar el grave problema de desempleo existente en nuestro país, así como a generar riqueza productiva".

La finalidad de la norma se cumple en su primer extremo -la promoción del envejecimiento activo- pero no en el segundo -la creación de, al menos, un puesto de trabajo, o el mantenimiento del mismo que compensa los gastos de la compatibilización de la pensión de jubilación con los ingresos de actividades profesionales o económicas por cuenta propia- pues supone la ruptura de la conexión entre la jubilación activa del beneficiario y los contratos de trabajo, ya que los trabajadores están contratados por la comunidad de bienes y los avatares que puedan sobrevenir al comunero contratante -muerte, invalidez, permanente total, absoluta o gran invalidez, artículo 49.1 g) del ET- no constituyen causa de extinción del contrato, por lo que los costes del trabajador contratado no corren exclusivamente a cuenta del comunero contratante.

En cuanto a la consecución de la promoción del envejecimiento activo se cumple con la previsión contenida en el primer párrafo del apartado 2 del artículo 214 LGSS -"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:...

2. La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo..."

Esta previsión resulta plenamente aplicable a la actora, tal y como ya la venía disfrutando, a tenor del hecho probado primero de la sentencia de instancia.

Cuarta: El hecho de que la comunidad de bienes no tenga una personalidad jurídica propia, diferente de la de los comuneros, no significa que sea irrelevante el que se constituya dicha comunidad, pues actúa como tal en el tráfico jurídico con la cualidad de empresario, reconociéndole el ordenamiento determinados efectos jurídicos.

Quinta: Hay que poner de relieve la peculiaridad de la comunidad de bienes de la que forma parte la actora. En efecto, la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 10 de diciembre de 2020, recurso 1704/2018, ha puesto de relieve las características de las denominadas comunidades "funcionales" o "empresariales", en los siguientes términos:

"7.- Mas recientemente, la sentencia del Pleno de la sala 469/2020, de 16 de septiembre, identificó las notas caracterizadoras de las denominadas comunidades "funcionales" o "empresariales", que trascienden la mera copropiedad, actuando unificadamente en el tráfico, asimilando sus características a las propias de las de las sociedades irregulares de tipo colectivo;

"se trata de una comunidad de bienes -de las también denominadas doctrinalmente como "dinámicas" o "empresariales"- que presenta las siguientes notas: (i) origen convencional, formalizada en escritura pública; (ii) vinculada funcionalmente a la actividad empresarial de explotación de [...]; (iii) que presenta características propias de las sociedades irregulares [de tipo colectivo]; (iv) dotada de una organización estable, a través de un órgano de administración regulado en sus estatutos (con atribución de amplias facultades de gestión y representación) y financiero-contable (igualmente regulada en sus estatutos); (v) que actúa en el tráfico como centro de imputación de determinados derechos y obligaciones, entre ellos los de naturaleza tributaria, como sujeto autónomo u obligado tributario (art. 35.2 de la Ley General Tributaria); (vi) además, ostenta legalmente la condición de empresario a efectos laborales (art. 1 del Estatuto de los Trabajadores); (vii) y por ello tiene legalmente reconocido algunos de los efectos propios de la personalidad jurídica; (viii) y entre estos efectos debe incluirse el del reconocimiento de su legitimación y capacidad procesal cuando la acción que ejercite (art. 6.1. LEC) o frente a la que se defienda (art. 6.2 LEC) esté vinculada a alguno de los derechos u obligaciones cuya titularidad ostente, como sucede en este caso".

La comunidad de bienes a la que pertenece la actora es una comunidad de las denominadas funcionales, dinámicas o empresariales, vinculadas funcionalmente a la actividad empresarial de explotación de un determinado negocio - DIRECCION000 CB- que actúa en el tráfico como centro de imputación de determinados derechos y obligaciones -sujeto autónomo u obligado tributario-, ostentando legalmente la condición de empresario, a los que nuestro ordenamiento reconoce algunos de los efectos propios de la personalidad jurídica, como es el reconocimiento de su legitimación y capacidad procesal cuando la acción que ejercite (artículo 6.1. LEC) o frente a la que se defienda (artículo. 6.2 LEC) esté vinculada a alguno de los derechos u obligaciones cuya titularidad ostente.



Sexto: El que la responsabilidad de los partícipes en la comunidad frente a sus trabajadores, al igual que frente a terceros, sea una responsabilidad directa, personal e ilimitada, no se debe confundir con quien es el empresario, que es la comunidad de bienes, como empleador único y no los partícipes en la misma.

Séptima: De admitirse la tesis de la sentencia recurrida podría suceder que se jubilen varios comuneros simultáneamente y la comunidad de bienes tenga contratado un único trabajador, lo que supondría reconocerles a todos ellos sus respectivas pensiones con compatibilidad plena, las cuales traerían causa de un único contrato de trabajo suscrito por una persona distinta, la comunidad de bienes, lo que iría en contra del tenor literal de la norma.

También podría suceder que se jubilara un comunero, teniendo la comunidad contratada a una persona por cuenta ajena y solicitara la pensión de jubilación activa con el 100% una vez que le ha sido concedida, se jubila un segundo comunero y solicita asimismo la pensión de jubilación activa, apelando al hecho de que la comunidad ya tiene contratado a un trabajador por cuenta ajena y no hay razón alguna para adjudicar dicha contratación al comunero que se jubiló primero, ya que los dos ostentan los mismos derechos en la comunidad.

QUINTO.- Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 25 de junio de 2020, recurso número 1762/2019, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de los de Valencia el 23 de abril de 2019, autos número 429/2018 y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase formulado por el ahora recurrente, desestimando la demanda formulada.

En virtud de lo establecido en el artículo 235 de la LRJS, no cabe la imposición de costas.

FALLO

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 25 de junio de 2020, recurso número 1762/2019, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de los de Valencia el 23 de abril de 2019, autos número 429/2018, seguidos a instancia de DOÑA Cecilia contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre JUBILACIÓN.

Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el ahora recurrente, desestimando la demanda formulada y absolviendo a la demandada de las pretensiones contenidas en la misma.

Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

que formula la Excm. Sra. D^a. Concepción-R. Ureste García, al que se adhieren la Excm. Sra. Magistrada D^a María Luz García Paredes y el Excmo. Sr. Magistrado D. Juan Molins García-Atance, a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 3087/2020, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con las previsiones de los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y pleno respeto, la discrepancia del presente voto lo es respecto del fallo emitido en dicha resolución, así como la fundamentación que lo sustenta y explicita en los fundamentos de derecho cuarto, punto segundo y fundamento de derecho quinto, para sostener en definitiva que debió confirmarse la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, declarando su firmeza, previa la desestimación del recurso interpuesto por el INSS.

PRIMERO.- 1. En consecuencia, se comparte el contenido del FD 1º, atinente al planteamiento del debate y posiciones de los intervinientes, FD 2º, sobre el análisis de la concurrencia del presupuesto de contradicción,



FD 3º que integra la normativa de cobertura y también el del punto 1º del FD 4º, referente a precedentes jurisprudenciales que presentan algunos puntos conexos con el actual, pues ya los recogía en esencia para sostener la tesis mantenida en la deliberación.

2. No acaece lo mismo con la estimación del recurso que contiene la resolución mayoritaria, por las razones que seguidamente se exponen, atendiendo a la singularidad de la Litis actual (coincidente con la del voto particular correspondiente al rcud 3930/2020, deliberado en la misma fecha), que estriba en que la peticionaria del incremento en la prestación de jubilación activa es miembro de una Comunidad de Bienes, y los trabajadores lo son de la empresa DIRECCION000 C.B. de la que la actora es socia (comunera).

SEGUNDO.-1. En primer término, desde el plano regulador, habrían de sumarse aquellos preceptos que disciplinan las peculiaridades que confluyen en ese preciso terreno en el que nos situamos: el de las Oficinas de Farmacia.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su art. 103, que rememora el escrito de impugnación, dispuso que: "...2. Las oficinas de farmacia abiertas al público se consideran establecimientos sanitarios a los efectos previstos en el título IV de esta Ley.

3. Las oficinas de farmacia estarán sujetas a la planificación sanitaria en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y farmacias.

4. Sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público."

En una línea similar, el art. 9, rubricado Titularidad y propiedad, de la Ley 6/1998, de 22 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Valenciana, estableció que "Sólo los farmacéuticos o las farmacéuticas podrán ser propietarios o propietarias y titulares, respectivamente, de las oficinas de farmacia abiertas al público.

La titularidad de la oficina de farmacia corresponde a uno o más farmacéuticos o farmacéuticas que serán sus propietarios o propietarias y se responsabilizarán de las funciones descritas en la presente Ley. Sólo se puede ser propietario o copropietario de una única oficina de farmacia.", complementado a su vez con el detallado régimen sobre recursos humanos de su art. 11.

Y, finalmente, el art. 1 Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, al disponer que "En los términos recogidos en la Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, y la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas, en las que el farmacéutico titular-propietario de las mismas, asistido, en su caso, de ayudantes o auxiliares, deberá prestar los siguientes servicios básicos a la población.", y su art. 5.2 y 3 en el que, en relación con la actuación presencial, refiere que "2. Las Comunidades Autónomas podrán regular el número mínimo de farmacéuticos adjuntos, que, además del titular, deban prestar servicios en las oficinas de farmacia al objeto de garantizar la adecuada asistencia profesional a los usuarios. Esta regulación deberá tener en cuenta, entre otros factores, el volumen y tipo de actividad de las oficinas de farmacia y el régimen de horario de los servicios.

3. Sin perjuicio de la actuación del adjunto, el farmacéutico titular será responsable de garantizar el servicio a los usuarios".

2. En la doctrina constitucional, la STC 181/2014, de 6 de noviembre (reseñada por el impugnante, si bien referida a recurso de inconstitucional de la Ley de Farmacia de Andalucía), aseveraba que los preceptos de la Ley general de sanidad invocados "se limitan a reconocer este derecho en el ámbito sanitario, a declarar que las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios, y a reservar a los farmacéuticos propiedad de las oficinas de farmacia abiertas al público, sin que quepa deducir de ellos que el legislador ha configurado la libertad de empresa en el ámbito sanitario como un derecho ilimitado. Antes al contrario, la libertad de empresa está obligada a convivir con las limitaciones o restricciones que legalmente se le impongan, por la incidencia que tiene el interés público en la actividad que realizan (STC 109/2003, FJ 8), que en este caso, es la sanidad."

En concreto, sobre la figura de la Comunidad de bienes, la STS de 16 de julio de 1986, recordaba que "Esta titularidad opera en orden a las responsabilidades patrimoniales de la empresa de la siguiente forma: de tratarse de un empresario individual, éste responde con todos sus bienes presentes y futuros de las deudas de la empresa - artículo 1.911 del Código Civil -, y de serlo una persona jurídica de tipo personalista, sus socios responderán en forma solidaria con todos sus bienes de las obligaciones sociales - artículos 127 y 148 del Código de Comercio -, y si se trata de una persona jurídica de tipo capitalista, sus socios solamente quedarán obligados de las deudas sociales con los fondos que pusieron o se obligaron a poner en la masa común - artículos 148 y 153 del Código de Comercio , 9 de la Ley de 17 de julio de 1953, de Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 1 de la Ley de 17 de julio de 1951, de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas".



Otros pronunciamientos se han ocupado del deslinde entre la Comunidad de bienes (CB) y el contrato de sociedad; así la Sala I de este TS -en STS, Sala 1ª Pleno, de 16 de septiembre de 2020, seguida en sentencia de 10 de diciembre de 2020, rec. 1704/2018, y se recuerda en la de 12 de noviembre de 2020, rec. 289/2018)- o en la Sala III "cuando, en relación con determinados ámbitos legislativos, indica que "parece limitarse a ostentar en común un bien o derecho pro indiviso sino, cuando menos, parece más bien que estamos en presencia, cuando menos, del "contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común de dinero, bienes o industria, con ánimo de partir para sí las ganancias" (contrato de sociedad definido y regulado en el artículo 1665 y siguientes del Código civil (STS, Sala 3ª de 22 de abril de 2021, rec. 2905/2018)."

3. Cabría ya subrayar en la CB la ausencia de personalidad jurídica y que los comuneros responden frente a terceros con su propio patrimonio. Igualmente son sujetos pasivos tributarios, pues a cada comunero se imputa de manera individual las rentas obtenidas en la explotación de la comunidad.

El Estatuto de los Trabajadores define el contrato de trabajo sobre la base del concepto de trabajador: son las personas que realizan una prestación de servicios voluntaria, ajena, retribuida y dependiente. El empleador es todo aquél que "reciba la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior" (art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores). Por ello, tienen la condición de empresarios las personas físicas, las personas jurídicas y las comunidades de bienes.

Las comunidades de bienes son entidades sin personalidad jurídica, en las que la responsabilidad de los comuneros frente a terceros es ilimitada, no requieren un capital social mínimo y, en coherencia con su naturaleza, la comunidad no tributa por las rentas obtenidas, sino que éstas se atribuyen a los comuneros.

El hecho de que en el contrato de trabajo aparezca como empleador una comunidad de bienes y que, como tal, pueda ser demandada y condenada en un proceso, no altera la realidad de la responsabilidad jurídica de los comuneros.

Cuando los trabajadores de la comunidad de bienes " DIRECCION000 C.B." formulen una demanda contra dicha comunidad, la condena se dictará contra dicha comunidad. Pero la ejecución se hará efectiva contra el patrimonio de los comuneros, quienes responderán con todos sus bienes, presentes y futuros (art. 1.911 del Código Civil), al igual que sucedería si hubieran contratado a los trabajadores como personas físicas.

Lo mismo sucederá en caso de incumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social. Si la comunidad de bienes incurre en un incumplimiento respecto de las cotizaciones a la Seguridad Social de los tres trabajadores empleados, la reclamación de las cotizaciones adeudadas se hará efectiva con el patrimonio de los comuneros, en las mismas condiciones que si los hubieran contratado como personas físicas.

Se trata de una diferencia esencial respecto de los autónomos societarios. Las sentencias del TS de 23 de julio de 2021, recursos 1459/2020, 1702/2020, 1515/2020, 4416/2019, 2956/2019, 1328/2020 y la de 21 de septiembre de 2021, recurso 1539/2020; negaron que los autónomos societarios pudieran acceder a la jubilación activa percibiendo una pensión de jubilación del 100% porque el empleador no era el socio sino una sociedad autónoma o limitada, con personalidad jurídica propia y limitación de la responsabilidad al patrimonio social.

Por el contrario, insistimos, la comunidad de bienes carece de personalidad jurídica y los comuneros responden con su patrimonio personal de las deudas salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores contratados.

TERCERO.-1.- Al aserto que se acaba de expresar en el punto anterior sobre asunción de responsabilidades ilimitadas y solidarias por parte de los comuneros -que se proyectarán inexorablemente respecto de los trabajadores al servicio de la CB-, se anuda la integración de aquéllos en la normativa del trabajo autónomo (ex art. 1.2 de la Ley 20/2007). Y lo que resulta más relevante, su protección por el sistema de Seguridad Social se articula a través del RETA, régimen especial que obligatoriamente engloba a las personas físicas, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

De esta manera, las personas que integran la CB -comuneros- son las que se incluyen en el Estatuto de Trabajo Autónomo y en el sistema de Seguridad Social. Su actividad podrá implicar el dar ocupación a trabajadores por cuenta ajena, lo que ha permitido catalogar a la comunidad de bienes como empresa, pero desde la perspectiva del encuadramiento en dicho sistema de la Seguridad Social presenta la particularidad de estar configurada con sus integrantes, en tanto que, la comunidad como tal es un ente sin personalidad: figura bajo la identificación de los comuneros, por su nombre, apellido, domicilio y DNI, estando inscritos como empresarios, tal y como se indica en el art. 11.2.2º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.



Sin olvidar tampoco que, en el particular ámbito en el que se ubica este litigio, aquellos preceptos identifican la titularidad del negocio con la persona del farmacéutico, ya sea uno o más farmacéuticos los titulares. "Esto es, claramente, titulares de una oficina de farmacia, aunque sean comuneros, pueden estar asistidos de personal para prestar los servicios que normativamente tengan asignados, y en esa actividad son sujetos responsables a título personal y con su propio patrimonio, en este caso, frente a sus propios trabajadores de las obligaciones que en el ámbito laboral y de seguridad social correspondan".

2. Atendidos tales parámetros, entiendo que el sustento de la decisión no cabe situarlo, como, por el contrario, argumenta la sentencia mayoritaria, en el art. 1.2 del ET, pues su contenido solo refleja la posibilidad de que la CB ostente la condición de empresario.

El eje de litigio debería haberse enmarcado en la normativa de seguridad social, y concretamente en el tratamiento que el sistema otorga a los comuneros de una CB, vinculados personal y directamente: se incardinan así en el sistema de seguridad social, en el régimen especial del RETA, con todos sus derechos y obligaciones, ex arts. 7, 305, 318 LGSS, y en particular el contenido aquí cuestionado del art. 214 del mismo texto legal.

Entre los derechos que ha de ostentar, el del reconocimiento -que se sostiene en este voto-, consistente en alcanzar el incremento de la pensión hasta el 100% atendida la condición de socia de la parte actora de una CB, que realiza la actividad por cuenta propia y que tiene contratados más de un trabajador por cuenta ajena, de conformidad con lo estatuido en dicho art. 214 LGSS. Quien va a percibir la pensión está encuadrado en el sistema de la Seguridad Social como trabajador por cuenta propia, en su condición de comunero de la CB, configurada en este caso con dos comuneros, y que tienen contratados a más de un trabajador.

Situación singular la de la CB y los comuneros que no resulta asimilable a la resuelta en las SSTS de 23 de julio de 2021 (y otras posteriores) atinentes a las sociedades de capital y los socios que en ellas participan, pues, a diferencia del actual supuesto, aquellos se benefician de la limitación de la responsabilidad societaria, que en principio no afecta al patrimonio personal, sin que se suscriba contrato alguno con ningún trabajador (en todo caso, lo suscribe representando a la empresa), ni se 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, y, por tanto, si quieren disfrutar de la compatibilidad plena entre pensión e ingresos, deberán desarrollar una actividad por cuenta propia actuando como personas físicas y no a través de una sociedad mercantil.

Descarto para esta Litis una interpretación restrictiva -que aquí también se infería del postulado de la parte recurrente- cuando se trata de aquellas entidades sin personalidad jurídica: "Es cierto que la jubilación activa tiene su origen en el Real Decreto Ley 5/2013 que en el se decía, en su preámbulo, que "la cuestión del envejecimiento activo debe abordarse de forma integral, ya que la transición entre vida activa y jubilación implica tanto a la política de Seguridad Social, como a las políticas de empleo...", expresando que "El capítulo I de este real decreto-ley regula la compatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena para favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores. Esta posibilidad, muy restringida en el ordenamiento español hasta la fecha, es habitual en las legislaciones de países del entorno. Se permite así que aquellos trabajadores que han accedido a la jubilación al alcanzar la edad legal, y que cuentan con largas carreras de cotización, puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50% de la pensión, con unas obligaciones de cotización social limitadas". Esta previsión, que tan solo atendía a la oportunidad de alargar la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación, compatibilizando con ello la percepción de la pensión, aunque en un determinado porcentaje, fue modificada por la Ley 6/2017 de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo que, aunque en su proyecto inicial no contemplaba ese incremento al 100%, ya que fue introducido por las enmiendas presentadas y que, finalmente, se perfilaron en los términos en los que fue definitivamente aprobada, se justificaba en que "no se trata de corregir una insuficiente cuantía de la pensión, sino de reconocer que hay personas que más allá de los sesenta y cinco años quieren continuar aportando al mundo de los negocios, de las empresas y del emprendimiento sus energías, sus ideas y sus propuestas. En una sociedad donde el reto que tenemos es el del envejecimiento, es un valor que va a ayudar a una mejor gestión del impacto del envejecimiento en nuestra sociedad aprovechando el potencial de muchos seniors y maduros en el campo de los negocios."

3. Debemos precisar que el acceso a la jubilación activa percibiendo el 100% de la pensión de jubilación exige que se cumpla la finalidad de la reforma operada por la Ley 6/2017, que consistió en favorecer la conservación del nivel de empleo. En consecuencia, tienen que prestar servicios a favor de la comunidad de bienes un número de trabajadores en relación con el número de comuneros que suponga que, si hacemos abstracción del citado ente sin personalidad jurídica, se cumpla la exigencia del art. 214.2 de la LGSS consistente en "tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena".



En el supuesto enjuiciado, dos comuneros integran una comunidad de bienes que explota una farmacia, la cual tiene contratados al menos a dos trabajadores. Si hacemos abstracción de dicha entidad carente de personalidad jurídica, nos encontramos con que dos personas realizan una actividad lucrativa por cuenta propia, estando incluidos en el RETA, respondiendo con su patrimonio presente y futuro de todas las deudas salariales y de Seguridad Social en relación con todos los trabajadores contratados.

Si un autónomo titular de una oficina de farmacia tiene contratado a un único trabajador por cuenta ajena y tendría derecho a la jubilación activa percibiendo el 100% de la pensión de jubilación; el hecho de que dos farmacéuticos sean dueños de una oficina de farmacia, los cuales, debido a su copropiedad del negocio, han debido de constituir una comunidad de bienes que tiene contratados a varios trabajadores, ello no debería impedirles el reconocimiento del mismo derecho, si partimos de que las comunidades de bienes no tienen personalidad jurídica.

El voto mayoritario conducirá a que el actor continúe realizando un trabajo por cuenta propia en su farmacia, con más de un trabajador contratado, respondiendo con su patrimonio personal, presente y futuro, de todas las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con todos los trabajadores que continúan prestando servicios en la farmacia, sin percibir una pensión de jubilación del 100%, lo que, a nuestro juicio, vulnera el art. 214.2 y concordantes de la LGSS y supone una diferencia de trato injustificada.

Entiendo igualmente que el núcleo o esencia del concreto diseño normativo en esta materia "claramente, quiere incentivar el envejecimiento activo e, incluso, con previsiones de hacerlo más amplio de futuro, tal y como se indica en la Disposición final sexta bis, que aquella ley introdujo.", lo que, en definitiva, vedaría a mi juicio la interpretación restrictiva propugnada por la entidad gestora y acogida por la Sala, pues no cabe extraerla del tenor literal del concreto precepto que regula el derecho peticionado, ni tampoco de una exégesis sistemática ni finalista de la normativa de cobertura.

Por último, puntualizar, respecto del óbice de una eventual posibilidad de fraude que podría colegirse en supuestos en los que varios comuneros pretendan acogerse al beneficio cuestionado cuando tienen contratados trabajadores en un número inferior al de los solicitantes, que no es tal la tesitura ahora enjuiciada, y esa situación hipotética, de producirse, requeriría un examen individualizado de los elementos probatorios que entonces concudiesen en orden a alcanzar la valoración apuntada. Y, como argumenta el VP en el rcud 3930/2020, ha de entenderse cumplido el contrapeso -incremento de la pensión, en lo que a la Seguridad Social se refiere, es una regla numérica (un jubilado -incremento de pensión- /un trabajador por cuenta ajena -ingreso de cotización-), sin que tampoco entre en juego una regla de prioridad en el tiempo cuando pretendan acceder al beneficio del 100% varios comuneros jubilados que atiendan la actividad a la que se destina la comunidad y, por ejemplo, con un solo trabajador por cuenta ajena, porque es evidente que esa situación no es la que protege el legislador, como tampoco las situaciones que en fraude de ley puedan constituirse, o incluso, jubilado que tiene contratado a un trabajador por cuenta ajena pero omite toda obligación en materia de seguridad social respecto de dicho empleado.

Las precedentes consideraciones hubieran abocado a la confirmación y declaración de firmeza de la sentencia combatida -la conclusión propugnada en este voto particular es la de la adecuación a derecho de la sentencia recurrida-, acorde con lo informado por el Ministerio Fiscal, previa la desestimación del recurso unificador interpuesto.

Con pleno respeto a la decisión mayoritaria alcanzada por la Sala, y en razón a las consideraciones antedichas, se ha formulado el presente voto particular.