

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. 120/2022

Fecha de sentencia: 08/02/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 3930/2020

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 26/01/2022

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SOCIAL

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

Transcrito por: AOL

Nota:

Resumen

JUBILACIÓN ACTIVA PLENA DE COMUNERO. A efectos de lucrar el 100% de la pensión de jubilación al tiempo que se desarrolla una actividad por cuenta propia (art. 305.2.II LGSS) no es válida la contratación laboral que discurre entre la comunidad de bienes (para explotar una Oficina de Farmacia) y la plantilla. Voto Particular.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3930/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

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

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO**

Sentencia núm. 120/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

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 Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada Sra. Leva Esteban, contra la sentencia nº 2780/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia,

de 14 de julio de 2020, en el recurso de suplicación nº 1870/2019, interpuesto frente a la sentencia nº 148/2019 de 15 de abril de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Valencia, en los autos nº 343/2018, seguidos a instancia de D. Juan Dionisio Tornero Medina contra dicho recurrente, sobre reclamación de cantidad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de abril de 2019, el Juzgado de lo Social núm.2 de Valencia, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando la demanda que da origen a estas actuaciones debo declarar y declaro el derecho de D. JUAN DIONISIO TORNERO MEDINA a percibir la pensión de jubilación . por envejecimiento activo en cuantía del 100% de la que le corresponde y con efectos del 1-1-2018, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por los efectos de esta resolución y al pago de la prestación correspondiente»

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- D. Juan Dionisio Tornero Medina, nacido el 23-6-1945, es beneficiario de pensión de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad . Social en virtud de resolución del 28-11-2014; con efectos del 1-12-2014, base reguladora mensual de 798,85 euros, porcentaje aplicable del 111%, e importe del 50% de la cuantía por jubilación activa.

2º.- El 11-12-2017 el actor solicitó al INSS acogerse a los beneficios de la . jubilación activa con efectos del 1-1-2018; para compatibilizar la realización de una actividad por cuenta propia con la percepción del 100% de la cuantía de la pensión de jubilación, dando lugar a la resolución del INSS de 21-12-2017 que se impugna.

3º.- El 1-9-2013 el actor constituyó junto con D. Juan Manuel Tornero Pando una Comunidad de Bienes, con la denominación de "FARMACIA TORNERO CB", cuyos estatutos fueron variados el 10-2-2014, que tenía por objeto era realizar los actos necesarios para la

explotación de oficina de farmacia, correspondiendo en consecuencia al actor el 70% . de la titularidad de la misma y al otro comunero el 30% restante.

4º.- La "Farmacia Tornero CB" tiene contratados al menos a tres trabajadores desde su constitución.

5º.- Se agotó la vía administrativa previa».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictó sentencia con fecha 14 de julio de 2020, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Valencia, de fecha 15 de abril de 2019; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida. Sin costas».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Leva Estebanel, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante escrito de 15 de septiembre de 2020, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: **PRIMERO.-** Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 16 de junio de 2020 (rec. 677/2019). **SEGUNDO.-** Se alega la infracción del art. 214 LGSS.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 16 de julio de 2021 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- No habiéndose personado la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 2 de diciembre de 2021. Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia la Sala estimó que procedía su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, suspendiéndose dicho señalamiento y señalándose a tal efecto el día 26 de enero de 2022, fecha en que tuvo lugar. En dicho acto, la Magistrada Ponente Excma. Sra. D^a María Luz García Paredes 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 al Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Sempere Navarro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate casacional.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el demandante tiene derecho al incremento de su pensión de jubilación activa (hasta llegar al 100%). La clave radica en el alcance que posea la contratación laboral realizada por la comunidad de bienes en la que se integra el pensionista.

1. Datos relevantes.

Reproducida más arriba la narración de los hechos relevantes, por lo demás pacífica, ahora interesa resaltar sus trazos fundamentales.

A) En septiembre de 2013 el demandante (nacido en 1945) constituyó, junto con otra persona, una comunidad de bienes a fin de explotar una oficina de farmacia, correspondiendo al demandante el 70% de la titularidad.

B) Desde su constitución, dicha comunidad de bienes tiene contratadas a tres personas.

C) En diciembre de 2014 el demandante comienza a percibir pensión de jubilación con cargo al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), en cuantía del 50% por jubilación activa.

D) En diciembre de 2017 solicita al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), los beneficios de la jubilación activa plena, para compatibilizar la realización de trabajo por cuenta propia con el 100% de la cuantía de la pensión, teniendo un trabajador por cuenta ajena contratado, lo que le fue denegado.

2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Mediante su sentencia 148/2019 de 15 de abril el Juzgado de lo Social nº 2 de Valencia estima la demanda, siguiendo el reiterado criterio de la doctrina judicial sentada por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana. Expone que si bien es la comunidad de bienes quien actúa como empleadora, en realidad, el régimen de responsabilidad patrimonial aplicable hace que quien realmente asuma la condición de empresario sea cada uno de los comuneros que la integran.

B) Mediante su sentencia 2780/2020 de 14 de julio la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, ahora recurrida, reitera la solución adoptada en asuntos anteriores y confirma la resolución de instancia.

Argumenta que los trabajadores contratados por la comunidad de bienes lo son por cuenta ajena, Dicha comunidad, desde el momento en que no tiene personalidad jurídica distinta de sus propios comuneros, no puede calificarse como responsable de las relaciones laborales cuando es a los comuneros a quienes alcanzan todas las responsabilidades que dicha comunidad pudiera tener, siendo por ello que están encuadrados en el RETA (art. 305.1.2 d LGSS).

Añade que los trabajadores por cuenta ajena al servicio de una comunidad de bienes, lo son realmente de las personas físicas titulares de dicha comunidad, es decir, del demandante y del otro comunero, por lo que se cumple el requisito establecido en el art. 214.2 LGSS para que el demandante tenga derecho a al 100% de la pensión de jubilación, al deber ser considerado como empleador.

3. Recurso de casación unificadora.

Disconforme con la expuesta solución, con fecha 6 de noviembre de 2020 la Letrada de la Administración de la Seguridad Social formaliza su recurso de casación unificadora. Lo estructura en un único motivo y denuncia la infracción del art. 214.2, segundo párrafo de la LGSS, en relación con el su artículo 305.1 y 2 d).

Según dicha parte, tras recordar que la jubilación activa se introdujo por Real Decreto-Ley 5/2013 y la modificación que efectuó la Ley 6/2017, así como tomando en consideración la doctrina de las SSTS de 30 de mayo de 2017 y 24 de enero de 2018, entiende que el pase del 50% al 100% de la

pensión tenía como finalidad el fomento del empleo y requiere que el trabajador autónomo lo sea como trabajador que desarrolla una actividad a título lucrativo fuera del ámbito de otra persona, no estando comprendidos en dicho beneficio los trabajadores a los que se refiere el art. 305.2 de la LGSS.

4. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 3 de septiembre de 2021 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS, en sentido desfavorable al recurso.

A su juicio y partiendo del mandato del art. 214.2, párrafo segundo y del art. 305 LGSS, al ser el demandante comunero de una comunidad de bienes, su responsabilidad personal no está limitada por una eventual responsabilidad societaria; al contrario, está obligado personal y solidariamente con todos los comuneros por lo que, en consecuencia, realiza una actividad por cuenta propia. Además, al no tener la comunidad de bienes personalidad jurídica propia, la contratación de trabajadores los es por los propios comuneros, por lo que se cumple también el otro requisito de tener trabajadores contratados por cuenta ajena. Todo ello con cita de las SSTS de 23 de julio de 2021, rcud 1459/2020, 1702/2020 y 1515/2020.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Aunque el pensionista no ha impugnado el recurso y el Ministerio Fiscal acepta la contradicción entre las sentencias opuestas, por tratarse de un requisito de orden público procesal, debemos proceder a su examen.

1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto

a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. Sentencia referencial.

La sentencia invocada a efectos referenciales es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de la Región de Murcia con fecha 16 de junio de 2020 (rec. 677/2019).

Allí se aborda la reclamación de jubilación activa por quien en diciembre de 2016, junto a otra persona, constituyó la comunidad de bienes para explotar una Oficina de Farmacia, ortopedia y parafarmacia, siendo el demandante titular del 80% de la comunidad. En ella prestaban servicios tres trabajadores por cuenta ajena. En junio de 2018 el actor solicita de jubilación con compatibilidad de trabajo por cuenta propia. El INSS dictó resolución por la que reconocía a la parte demandante la prestación de jubilación al 50%, por aplicación del art. 214.2. de la LGSS y la sentencia respalda esa decisión por los siguientes argumentos:

El tema de la responsabilidad de los comuneros es ajeno a la cuestión suscitada, pues aquí se trata de tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena. Quien ha contratado es la comunidad de bienes, al margen de la responsabilidad de sus socios. La pensión íntegra de jubilación solo corresponde a personas físicas que estén dadas de alta e RETA como trabajadores por cuenta propia (art. 305.1 LGSS), no como comuneros (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 autónomo.

3. Existencia de contradicción y decisión de la Sala.

De lo ya expuesto deriva con claridad que entre las sentencias confrontadas existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios.

En ambos casos se trata de trabajadores beneficiarios de una pensión de jubilación del RETA. Los dos tienen constituida una comunidad de bienes (para explotación de Farmacia) con otra persona, perteneciéndoles un porcentaje de la titularidad de dicha Comunidad (70% en la sentencia recurrida y 80% en la referencial). Una y otra comunidad de bienes tienen contratados a tres empleados por cuenta ajena. Ambos trabajadores solicitan que se les reconozca el 100% de la pensión de jubilación activa, conforme al art. 214.2 LGSS.

Ante esa similitud de hechos, de pretensiones y de regulación a cuyo amparo se formulan, las resoluciones contratadas albergan soluciones contradictorias. La sentencia impugnada concede el 100% de la pensión de jubilación activa, mientras que la referencial deniega ese mismo derecho a la jubilación activa plena.

Así las cosas, debemos unificar las dispares doctrinas reseñadas. A tal fin debemos comenzar por recordar y examinar las principales normas aplicables (Fundamento Tercero). Acto seguido convendrá traer a colación la doctrina que hemos sentado en supuestos de cierta similitud (Fundamento Cuarto). Sobre tales bases accederemos a la solución que consideramos correcta (Fundamento Quinto).

TERCERO.- Análisis de los preceptos sometidos a interpretación.

1. Código Civil.

El art. 392 del Código Civil (CC), dispone que la comunidad de bienes existe "cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas".

El artículo 393 advierte que "El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas".

2. Estatuto de los Trabajadores.

El art. 1.2 ET prescribe que "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".

El artículo 49.1.g) dispone que el contrato de trabajo se extinguirá "Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad

Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante”.

3. Estatuto del Trabajo Autónomo.

A) El art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA) dispone que “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”.

B) En su apartado 2.b) el propio artículo 1º declara expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley, siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el apartado anterior “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”.

C) El número 3 del artículo primero advierte que “Las inclusiones a las que se refiere el apartado anterior se entenderán sin perjuicio de la aplicación de sus respectivas normas específicas”.

D) El art. 23 aclara que “La protección de los trabajadores por cuenta propia o autónomos se instrumentará a través de un único régimen, que se denominará Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, sin perjuicio de que algunos colectivos específicos de trabajadores autónomos, en razón de su pertenencia a un determinado sector económico, estén encuadrados en otros regímenes de la Seguridad Social”.

4. Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Art. 16.5 de la LRJS dispone que “Por las comunidades de bienes y grupos comparecerán quienes aparezcan, de hecho, o de derecho, como organizadores, directores o gestores de los mismos, o en su defecto como socios o partícipes de los mismos y sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a estas personas físicas”.

5. Real Decreto-Ley 5/2013.

Mediante RDL 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, se modificó la LGSS en la materia que ahora interesa.

La norma 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. “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”.

6. Ley General de la Seguridad Social de 2015.

A) El art. 7 de la LGSS que, en su apartado. 1. B), considera incluidos dentro del sistema de la Seguridad Social, “a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de 18 años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen en esta Ley y su normativa de desarrollo”.

B) El artículo 214 (“Pensión de jubilación y envejecimiento activo“) abre la posibilidad de compatibilizar la pensión contributiva de jubilación “con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista” siempre que se cumplan determinados requisitos (edad, porcentaje aplicable a la base reguladora).

En estos casos “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” (apartado 2).

También dispone que “finalizada la relación laboral por cuenta ajena o producido el cese en la actividad por cuenta propia, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación” (apartado 5).

C) El art. 305.1 dispone que “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”.

El número 2 del mismo precepto (“A los efectos de esta ley”) declara expresamente comprendidos en este régimen especial a “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”.

D) Respecto de la acción protectora del RETA, el artículo 318.d) señala que “En materia de jubilación, lo dispuesto en los artículos 205; 206; 208; 209, excepto la letra b) del apartado 1; 210; 211; 213 y 214”.

7. Ley 6/2017, sobre Trabajo Autónomo.

La Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo persigue la “mejora de las condiciones en que desarrollan su actividad los trabajadores autónomos, garantizando sus expectativas de futuro y, con ello, la creación de riqueza productiva en nuestro país, que constituye una de las señas definatorias del colectivo de emprendedores”. Su Disposición Final Quinta modifica el régimen de la jubilación activa e introduce la regla sobre cuyo alcance se polemiza ahora.

El nuevo párrafo incorporado al artículo 214.2 LGSS prescribe que “si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento”.

Aunque a nuestros efectos posee menos interés, conviene advertir que la Ley reformula la regla sobre recuperación de la pensión íntegra a fin de concordara con la nueva posibilidad de compatibilizar trabajo por cuenta propia y pensión completa. A su tenor, “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”.

8. Legislación Farmacéutica.

A) El 103.4 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad dispone que “Sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público.

B) El art. 9 de la Ley 6/1998, de 22 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Valenciana, prescribe 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.

C) El art. 1 Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, dispone 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..”.

El artículo 5, en relación con la presencia y actuación presencial, se expresa en los siguientes términos: “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”

9. Otros instrumentos.

A) 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.»

B) 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.

CUARTO.- Doctrina concordante.

Como hemos expuesto, a lo largo de este procedimiento han aparecido diversas invocaciones a nuestra doctrina, a fin de sostener una u otra postura. Aunque la cuestión que nos ocupa está inédita, lo cierto es que si debemos tomar en consideración diversas líneas argumentales presentes en aquélla.

1. La comunidad de bienes como empleadora.

El concepto de empresario, a partir del mandato del art. 1 del ET, se ha venido identificando con el titular de una organización productiva que opera, en relación con las responsabilidades que se asumen, de forma distinta según sea esa titularidad.

La referencia del art. 1.2 ET permite despejar las dudas acerca de la posibilidad de contemplar como parte de la de relación laboral a un sujeto desprovisto de personalidad jurídica y titular colectivo de un bien común, siendo ejemplos clásicos de ello los surgidos al hilo de bienes inmuebles, pastos agrícolas o montes vecinales, pero sin que la locución excluya al tipo de comunidad surgido para actuar en el tráfico mercantil.

En todo caso, la comunidad de bienes aparece como una “fórmula amplia y genérica”, integradora de agrupaciones con personalidad, temporales o permanente e incluso grupos de empresa (STS de 23 de junio de 1983), lo que no elimina la posibilidad de que pudieran confluír una pluralidad de empresarios, corresponsables solidarios frente a los trabajadores (STS de 27 de julio de 1985). Por ello, 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”.

Con carácter general, la comunidad de bienes, constituida como un conjunto de sujetos titulares pro indiviso de una cosa o derecho, puede configurarse como algo más que la mera copropiedad de bienes o derechos. Que no pose personalidad jurídica es compatible con que se le atribuya la posibilidad de titularizar derechos y obligaciones. La posibilidad de actuar en el tráfico jurídico, por tanto, asimila esta figura a la de la sociedad irregular.

2. Autónomos “clásicos” y “societarios”.

A) La sentencia de esta Sala, de 30 de mayo de 2017, rcud 2268/2015. al igual que la de 24 de enero de 2018, rcud 389/2016, que se citan por la parte recurrente, aunque resolviendo otra cuestión, tomaron en consideración lo que se indicaba en la exposición de motivos del RD Ley de 2013 para entender que con dicha pensión activa “Se trata pues de incentivar el trabajo más allá de la edad de jubilación estableciendo, al efecto, la posibilidad de compatibilizar trabajo y pensión, a la par que se mejora la pensión máxima reconocida”.

En relación con la jubilación activa y el acceso al 100% del importe de la misma, esta Sala se ha pronunciado, como bien señala el Ministerio Fiscal, en las sentencias de 23 de julio de 2021, rcuds 1459/2020, 1702/2020 y 1515/2020. También se ha dictado, con igual fecha, sentencia en los rcuds 4416/2019, 2956/2019, 1328/2020 y la de 21 de septiembre de 2021, rcud 1539/2020.

B) Las dictadas en los rcuds 1328/2020, 1459/2020, 1702/2020, 2956/2019, 4416/2019 y la de 21 de septiembre de 2021, rcud 1539/2020, afectan a un trabajador autónomo que había constituido una sociedad limitada, teniendo en plantilla a más de un trabajador contratado por cuenta ajena.

La sentencia del rcud 1515/2020, también aborda la jubilación activa de una trabajadora autónoma socia de una sociedad anónima, que tenía contratados a 31 trabajadores.

C) En todas ellas se dijo que la compatibilidad plena de la pensión de jubilación activa con el trabajo requería dos requisitos: realizar una actividad por cuenta propia y tener contratado a un trabajador. Respecto de la actividad por cuenta propia, y atendiendo al campo de aplicación del RETA y lo dispuesto en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA), hemos dicho lo siguiente:

“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”.

3. Relevancia de la identidad empleadora a efectos de la jubilación activa.

A) En relación con el requisito relativo a la contratación de al menos un trabajador por cuenta ajena para acceder a la jubilación activa plena venimos advirtiendo que resulta imprescindible que la contratación se haya realizado por la persona jubilada.

B) Nuestras SSTS de 23 de julio de 2021 (rcuds 2956/2019, 4416/2019, 1328/2020, 1459/2020, 1515/2020 y 1702/2020), así como la 921/2021 de 21 septiembre (rcud. 1539/2020) explican que “La titularidad de las relaciones laborales concertadas por la sociedad le corresponde a ésta, ostentando por ello la posición de empleadora, no a sus consejeros, administradores sociales o socios, por lo que no se cumple el citado requisito legal. La tesis contraria supondría ignorar la existencia de la persona jurídica”. En definitiva, el requisito de haber contratado a un trabajador por cuenta ajena no concurre cuando éste presta servicios para una sociedad de capital. En ellas aparece una doctrina de máxima relevancia para la cuestión que ahora afrontamos:

La finalidad de la reforma operada por la Ley 6/2017 ha sido la de favorecer la conservación del nivel de empleo: que no se destruya empleo por el mero hecho de jubilarse el empleador. Debemos distinguir:

a) La jubilación del empresario que tiene la condición de persona física es causa de extinción de los contratos de sus trabajadores con una indemnización extintiva de solamente un mes de salario [art. 49.1.g) del ET].

Para evitar que la jubilación de los empleadores que tienen la condición de personas físicas, cause la extinción de los contratos de sus trabajadores, el art. 214.2, párrafo 2º de la LGSS prevé excepcionalmente que se puedan jubilar y percibir al mismo tiempo la pensión de jubilación íntegra.

b) Si en vez de tratarse de un empleador que tiene la condición de persona física, se trata de una persona jurídica, la extinción de su personalidad jurídica es ajena a la jubilación de sus consejeros y administradores sociales, articulándose mediante un despido colectivo u objetivo con la indemnización extintiva del art. 53.1.b) del ET.

En el supuesto enjuiciado, la jubilación del actor, que es uno de los administradores solidarios, en nada afecta a los trabajadores de la empresa, cuyos vínculos laborales se concertaron con una persona jurídica.

En la sentencia referencial el jubilado activamente era administrador único. En cualquier caso, la jubilación del administrador único de una sociedad no es causa de extinción de los contratos de trabajo. Se deberá articular mediante un despido colectivo u objetivo.

c) Es cierto que, en los casos de cotitularidad de la empresa sin forma societaria, la jubilación de uno de los cotitulares del negocio no es causa de extinción del contrato conforme al artículo 49.1.g) del ET, de forma que el despido del trabajador con motivo de dicha jubilación se califica de improcedente (sentencias del TS de 15 de abril de 1992, recurso 1713/1991 y 25 de junio de 1992, recurso 1844/1991).

Se trata de un supuesto específico en que la jubilación del empleador persona física no conlleva la extinción de los contratos de sus trabajadores porque hay otro cotitular. Dicho supuesto específico no desnaturaliza la causa de extinción de contratos de trabajo por jubilación del empresario prevista en el art. 49.1.g) del ET.

En definitiva, la jubilación del actor, que es uno de los administradores solidarios y titular del 25% del capital social, en modo alguno podría afectar al empleo, al subsistir la sociedad limitada.

C) El supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala presenta ciertas diferencias con los que acabamos de recordar. El demandante, ahora recurrido, no es un autónomo administrador o consejero de una sociedad mercantil, que haya contratado a trabajadores por cuenta ajena, sino que es un comunero integrado en una comunidad de bienes (“Farmacia Tornero CB”), que es la que ha efectuado la contratación de trabajadores por cuenta ajena.

QUINTO.- La contratación laboral de la comunidad de bienes y la jubilación activa.

La solución que deba darse al presente caso es la de entender que la sentencia referencial contiene la doctrina correcta, en línea con lo que ya ha dicho esta Sala en las sentencias recientes ya reseñadas. La conclusión a que accedemos surge de la confluencia de dos líneas argumentales. La primera, de carácter, excluyente, para descartar la virtualidad de los argumentos acogidos por la sentencia recurrida. La segunda, de orden enunciativo, para exponer las razones de nuestra solución.

1. Autonomía de la cuestión abordada.

En primer término, debemos descartar que la resolución del problema deba venir de la mano del modo en que las comunidades de bienes aparecen contempladas en otros ámbitos o escenarios.

A) Sobre la responsabilidad de los comuneros.

Uno de los principales argumentos de la sentencia recurrida radica en que las personas integrantes de la comunidad de bienes asumen las responsabilidades derivadas del ejercicio de la actividad empresarial (explotación de Farmacia, en nuestro caso). Sin embargo, no cabe confundir la posibilidad de exigir responsabilidad a quienes actúan en nombre de determinados entes (aunque posean personalidad jurídica) con la condición de la que ello deriva.

La traslación de responsabilidades desde el sujeto que actúa en el tráfico jurídico (la comunidad de bienes) hacia quienes se integran en él (los comuneros) no comporta un cambio ontológico. No por el hecho de tener que afrontar el resultado de la actividad desplegada por la comunidad significa que los comuneros, y no esa, han sido quienes aparecen como sujetos de derechos y obligaciones, con independencia de que ello suceda aun careciendo de personalidad jurídica.

Desde esta perspectiva se entiende la finalidad del artículo 11.2.2.º del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (aprobado mediante RD 84/1996 de 26 de enero). Cuando enumera la documentación necesaria para que el empresario se inscriba como tal, a efectos de Seguridad

Social, solicita “libro de actas, en el caso de comunidades de propietarios; certificado del Ministerio de Justicia e Interior o del organismo competente de la respectiva Comunidad Autónoma, en el supuesto de asociaciones o cualquier otro documento análogo, según la naturaleza y actividad de la persona jurídica de que se trate o, en su defecto, relación de los comuneros o de las personas integrantes del ente sin personalidad, expresando su nombre y apellidos, domicilio y documento nacional de identidad de cada uno de ellos”. No es que esté transformando en empleadores a cada uno de los comuneros, sino tomando cautelas de transparencia y efectividad para el cumplimiento de sus obligaciones por parte de las comunidades de bienes y de quienes están obligados a afrontar las responsabilidades por mandato legal.

En suma, 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.

B) Sobre la integración de los comuneros en el RETA.

a.- A tenor del artículo 305.1 LGSS, ya transcrito más arriba, los comuneros quedan obligatoriamente incluidos en el RETA siempre que, como tales, desarrollen una actividad productiva y no se limiten a la administración de los bienes compartidos.

Es claro que de la inclusión de una persona en determinado régimen de la Seguridad Social no cabe derivar necesariamente que posea otra condición, cual la de empleador. La norma que delimita la extensión subjetiva o campo aplicativo del RETA es la que ha fijado sus confines, sin alterar los de otros escenarios como puede ser el de la laboralidad.

Dicho claramente: que una persona deba quedar incluida en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos no le confiere la condición de empleadora a efectos laborales. Basta con recordar que “expresamente comprendidos” en el RETA (art. 305.2 LGSS) aparecen quienes desempeñan cargos de dirección y gerencia, los socios de sociedades laborales en determinados casos o los socios de cooperativas de trabajo asociado. Esas inclusiones expresas en el RETA no comportan la consecuencia de que las personas afectadas pasen a tener la cualidad de empleadoras de las plantillas

laborales que posean las sociedades mercantiles, las cooperativas de trabajo asociado o las comunidades de bienes.

b.- La Entidad Gestora sostiene que para compatibilizar la actividad productiva con la pensión plena (y no al 50%) es necesario que el pensionista esté incluido en el RETA como persona física, sin que baste con que ello derive de su condición de comunero.

Se trata de argumento que no compartimos. Lo decisivo para que surja la compatibilidad no es el modo en que las normas de Seguridad Social encaucen la inclusión del comunero en el RETA, sino la existencia de una contratación laboral como la exigida por el artículo 214.2.II LGSS.

C) Sobre la inclusión de los comuneros en la LETA.

Difícilmente puede otorgarse valor decisivo en la cuestión abordada a la inclusión de los comuneros en el ámbito aplicativo de la LETA, máxime cuando ella misma advierte que así se dispone sin perjuicio de que se apliquen sus normas específicas.

D) Sobre la legislación farmacéutica.

De manera coherente con el tipo de actividad sanitaria desenvuelto en la Oficina de Farmacia, la legislación específica requiere que al frente de la misma siempre esté la persona titular, siendo responsable de la atención dispensada incluso aunque existan otras personas igualmente cualificadas prestando sus servicios en ella.

Nada de esto, sin embargo, puede condicionar el modo en que la legislación laboral defina los presupuestos de una relación laboral. Si se actúa como persona física, si se opta por una comunidad de bienes, o si se activa cualquier otra fórmula compatible con las exigencias de la legislación sanitaria, son opciones que en nada pueden condicionar el juicio acerca de si se cumplen o no los requisitos para acceder a una u otra modalidad de jubilación, activa u ordinaria.

E) Sobre el desempeño de una actividad empresarial.

La comunidad de bienes formalizada al objeto de compartir la explotación de una Oficina de Farmacia nos sitúa en el terreno del desempeño de una actividad productiva y no de la mera administración del patrimonio común. Que para su desempeño acabe entablando relaciones laborales con

personas que coadyuvan a esa actividad empresarial no significa que asuma la condición de empleadora todo comunero pues la posibilidad de atribuir derechos y obligaciones a la comunidad de bienes, precisamente, indica que será ella quien asuma esa posición.

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 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 el actor es una comunidad de las denominadas funcionales, dinámicas o empresariales, vinculadas funcionalmente a la actividad empresarial de explotación de un determinado negocio ("Farmacia Tornero 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.

F) Sobre otras posibles líneas argumentales.

En línea con nuestras sentencias de 23 de julio de 2021, consideramos que los instrumentos internacionales incentivando la prolongación de la vida activa no, en esta materia no bastan para alterar el alcance de una expresa exigencia legal. “Las recomendaciones efectuadas por la normativa internacional y europea instando a las legislaciones nacionales a posibilitar que las personas receptoras de la pensión de jubilación puedan continuar una actividad profesional, son meras recomendaciones o invitaciones que no permiten eludir la normativa vigente en la actualidad, la cual impide que los trabajadores autónomos que ocupan cargos de consejeros o administradores de una sociedad capitalista puedan continuar desempeñando dicha actividad en iguales términos antes y después de su jubilación, sin efectuar ellos mismos contratación alguna por cuenta ajena, ni aplicar ninguna otra fórmula de fomento de empleo, y percibir el 100% de su pensión de jubilación activa”.

No puede invocarse el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución entre los autónomos comuneros y los autónomos que no han constituido una comunidad de bienes sociedad porque son términos de comparación heterogéneos. Ni la jubilación del actor, que es autónomo comunero, afecta al empleo; ni ostenta la condición de empleador, que tiene la comunidad de bienes; ni responde con su patrimonio personal de las deudas salariales y de Seguridad Social derivadas de los trabajadores contratados por la empresa del mismo modo que el autónomo persona física; a diferencia de lo que sucede con los autónomos que desarrollan su actividad actuando como persona física, aquí el comunero no es el único responsable (también el resto) y el patrimonio de la comunidad constituida es el quien posee primariamente tal cualidad.

2. Alcance del artículo 214.2.II LGSS.

Cuanto hemos expuesto va dirigido a fundamental el alcance del precepto a cuyo amparo cabe compatibilizar la pensión de jubilación con una actividad productiva. Son dos las condiciones. Primera, que “la actividad se realiza por cuenta propia”. Segunda, que “se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena”. Consideramos que estas exigencias del artículo 214.2.II LGSS

no concurren cuando un comunero invoca los contratos de trabajo que discurren entre la comunidad de bienes y las personas que trabajan para ella. Veamos las razones de ello.

A) Literalidad de la norma.

Por encima de cualquier otra consideración, hay que poder de relieve que la LGSS permite la compatibilidad en estudio a la persona que desarrolle una actividad “por cuenta propia” y que tenga “contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena”. Los términos antagónicos remiten a las normas en que aparece definida la actividad desarrollada por cuenta ajena y, tratándose de relaciones de Derecho Privado, es seguro que “trabajador por cuenta ajena” equivale a la persona que desarrolla actividad en las condiciones descritas por el ET.

Es la norma laboral por antonomasia la que, como vimos, ha identificado a la comunidad de bienes como empleadora (que no a sus comuneros), del mismo modo que ha delineado un régimen singular para la persona física que actúa empresarialmente.

Por tanto, lo que la LGSS está pidiendo es que la misma persona que percibe la pensión de jubilación sea la que aparece ante el mundo del Derecho como empleadora, no una instancia distinta, posea o no existencia dotada de personalidad jurídica.

B) Carácter excepcional de la jubilación activa plena.

Como exponen nuestras sentencias de 23 de julio de 2021, “la compatibilidad plena de la pensión de jubilación en la cuantía del 100% con la actividad por cuenta propia constituye una excepción a la regla general de incompatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista (art. 213.1 de la LGSS), lo que impide que pueda interpretarse extensivamente”.

En casos, como el presente, en que no concurre formal y materialmente la condición exigida (identidad entre persona jubilada y persona empleadora), consideramos aplicable esta regla hermenéutica.

C) Interpretación sistemática.

La Disposición Final Sexta Bis de la LGSS, introducida por la Ley 6/2017, dispone que “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”.

Como exponen nuestras sentencias de 23 de julio de 2021, la norma revela que, *de lege data*, existe actividad por cuenta propia a la que no se aplica esta compatibilidad plena con el 100% de la pensión de jubilación, sin que se haya producido hasta el momento reforma normativa en dicho sentido ampliatorio.

Es el legislador quien, de forma expresa, está manifestando el deseo de que los casos no incorporados expresamente a tan excepcional régimen de compatibilidad vayan siendo contemplados de manera expresa, no mediante analogía o interpretación extensiva.

D) Concordancia con la condición empleadora de la comunidad de bienes.

Que la contratación laboral realizada por una comunidad de bienes no puede aprovechar a sus comuneros a los efectos de la jubilación activa es nuestra conclusión. Viene exigida por la necesidad de dar una respuesta concordante con cuanto venimos manifestado acerca de la imposibilidad de que la jubilación de una persona cotitular de la empresa sea invocada a efectos de jubilación.

Esto es, si aparece como empleadora una comunidad de bienes, las circunstancias psicofísicas que afecten a uno de los comuneros (muerte, incapacidad, jubilación) no pueden subsumirse en el artículo 49.1.g) ET. Del mismo modo, las actuaciones de la comunidad de bienes (en este caso, emplear o mantener el empleo de tres personas) tampoco pueden entenderse realizadas por un comunero concreto o por varios de ellos, sin perjuicio de las responsabilidades que les alcancen.

E) La necesaria conexión entre persona jubilada y empleadora.

Como exponen nuestras sentencias de 23 de julio de 2021, hay que subrayar la conexión entre la jubilación activa del beneficiario y los contratos de trabajo. “En el caso de una persona física, el empleador es el jubilado. Si tiene contratados a uno o más trabajadores, tendrá derecho a la jubilación activa con el 100% de la pensión. Por el contrario, si se trata de una persona jurídica, el empleador no es el jubilado. Puede suceder que se jubilen varios socios y administradores sociales de una mercantil que

tiene un único trabajador (por ejemplo, cuatro administradores solidarios que son titulares de la cuarta parte del capital social cada uno). La tesis de la sentencia recurrente conduciría a reconocerles a todos ellos sendas pensiones con compatibilidad plena, las cuales traerían causa de un único contrato de trabajo suscrito por una persona distinta: la sociedad, lo que iría en contra del tenor literal de la norma”.

Además, 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.

F) Es la comunidad de bienes quien posee la condición de empleadora.

La claridad con que el artículo 1.2 ET identifica a la comunidad de bienes como posible empleadora, a efectos laborales constituye un argumento cuya solidez no vemos cómo podría cuestionarse.

La titularidad de las relaciones laborales concertadas por la comunidad de bienes le corresponde a ésta, ostentando por ello la posición de empleadora, no a sus integrantes, por lo que no se cumple la exigencia del artículo 214.2.II LGSS. La tesis contraria supone tanto como desconocer o neutralizar la existencia de la comunidad de bienes. Y el Hecho Probado Cuarto, pacífico, ha dejado claro que “La Farmacia Tornero CB’ tiene contratados al menos a tres trabajadores desde su constitución”.

Por tanto, el pensionista y demandante no tiene contratada a persona alguna como trabajadora para auxiliarle en la llevanza de la Oficina de

Farmacia. Las tres personas empleadas poseen como contraparte de sus relaciones laborales a la comunidad de bienes, sin que sea relevante (tampoco debatido aquí) que el interesado sea quien posea, de facto, la capacidad de organizar y dirigir el negocio.

SEXTO.- Resolución.

Conforme al artículo 228.2 LRJS “Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada”.

Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada 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.

Teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 235.1 LRJS no debemos adoptar medida especial alguna en materia de costas procesales derivadas de este recurso de casación unificadora o de la previa suplicación, asumiendo cada aparte las propias.

FALLO

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

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado y defendido por la Letrada Sra. Leva Esteban.

2º) Casar y anular la sentencia nº 2780/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 14 de julio de 2020.

3º) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar el recurso de tal índole (nº 1870/2019), interpuesto por el INSS.

4º) Revocar la sentencia nº 148/2019 de 15 de abril de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Valencia, en los autos nº 343/2018, seguidos a instancia de D. Juan Dionisio Tornero Medina contra dicho recurrente, sobre reclamación de cantidad.

4º) Desestimar la demanda formulada y absolver a la Entidad Gestora de las pretensiones contenidas en la misma

5º) No realizar pronunciamiento expresado en materias de costas procesales, debiendo asumir cada parte las propias.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR que formula la Excm.a. Sra. D^a. María Luz García Paredes, al que se adhiere la Excm.a. Sra. D^a Concepción Rosario Ureste García y el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance, a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 3930/2020, 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 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.

UNICO. - No es objeto de discrepancia la existencia de contradicción para poder entrar a resolver el motivo del recurso que se formuló. Tampoco lo que la sentencia



mayoritaria recoge en orden a los preceptos legales a considerar y que ya fueron atendidos en su momento por quien suscribe este Voto, así como la valoración en derecho que esta Sala ha realizado en relación con las comunidades de bienes, y la efectuada por otras Salas de este Tribunal que, igualmente, fueron valoradas para apoyar la tesis que mantuve en la deliberación.

El presente Voto discrepa de la mayoría en el alcance que se ha dado a esa normativa y, especialmente, al régimen jurídico que preside el debate, enmarcado en una relación jurídica de Seguridad Social y que debería haber llevado a confirmar la sentencia recurrida, estando centrado en el derecho al incremento en la prestación de jubilación activa de quien es miembro de una Comunidad de Bienes, y los trabajadores lo son de la empresa Farmacia de la que es comunero el demandante.

Siendo consciente de que no estamos en una valoración generalizada de la posición que ocupan las comunidades de bienes en nuestro entorno jurídico, ha de partirse de que nuestro escenario, en el que se enmarca el derecho reclamado, es el régimen de la Seguridad Social.

Por ello, partimos de que la posición de la comunidad de bienes, entidad sin personalidad jurídica, respecto de la responsabilidad que puedan asumir quienes la integran, no puede entenderse como elementos disociados y con sus propias consecuencias. La asunción de responsabilidad de los comuneros, ciertamente, no elimina la existencia de la propia comunidad de bienes, como figura del tráfico jurídico. Pero sí que deviene en relevante la posición que ocupan quienes configuran dicha entidad y que en el ámbito de la Seguridad Social vienen a mantener una personal y directa vinculación por su condición de comuneros.

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 tres trabajadores de la comunidad de bienes «Farmacia Tornero CB» 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, 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.

Discrepamos de la interpretación que se da en la sentencia mayoritaria a lo que califica como “finalidad del artículo 11.2.2.º del reglamento general sobre inscripción



de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (aprobado mediante rd 84/1996 de 26 de enero)". Allí lo que se regula es la solicitud de inscripción del empresario, en el que, si bien es cierto que distingue entre empresario persona física y jurídica, respecto de esta última como tal identifica a los comuneros, en iguales términos que a los empresarios personas físicas.

Esto es, siendo los comuneros los que figuran como sujetos de la comunidad de bienes, a los efectos de su integración en el sistema de la Seguridad Social, que califica a la citada comunidad como empleador, no cabe sustraer esa condición a la hora de interpretar el alcance de la normativa que en ese ámbito pueda estar implicada. Hay que atender a la relación jurídica de la Seguridad Social en la que se enmarca el debate.

Lo anterior, justifica que a determinados comuneros se les integre en el RETA.

En efecto, según el art. 305.1 LGSS, los comuneros quedan obligatoriamente incluidos en el RETA siempre que, como tales, desarrollen una actividad productiva y no se limiten a la administración de los bienes compartidos. Esto es, el sistema de la Seguridad Social les arroja como integrantes de su campo de aplicación (art. 7.1 b) y 10.2 a) de la LGSS), Son sujetos que ejercen una actividad, razón por la que pueden acceder al sistema, al igual que otros, también personas físicas, que se identifican en el mismo régimen como trabajadores autónomos.

Siendo ello así, el art. 214.2 de la LGSS lo que exige para que la pensión de jubilación que en ella se regula acceda al 100% es que "la actividad se realice por cuenta propia" -condición que mantiene el aquí demandante, comunero que ejerce una actividad- y que "se acredite tener contratado, al menos a un trabajador por cuenta ajena" -lo que a nuestro entender y discrepando del criterio de la mayoría, también concurre en este caso, al estar trabajado por cuenta ajena otros trabajadores en la comunidad que por cuenta propia atiende el demandante-.



Si, como dice la sentencia mayoritaria, “La comunidad de bienes formalizada al objeto de compartir la explotación de una Oficina de Farmacia nos sitúa en el terreno del desempeño de una actividad productiva y no de la mera administración del patrimonio común”, y si, como sigue diciendo “ Que para su desempeño acabe entablando relaciones laborales con personas que coadyuvan a esa actividad empresarial”, a juicio de quien suscribe este Voto, implica que quienes son contratados a tal efecto, lo han sido por los integrantes de la comunidad, quienes asumen frente a ellos sus obligaciones en el ámbito de la relación jurídica de Seguridad Social, en la que nos encontramos.

Con ello no se está alterando la doctrina que esta Sala haya fijado en sentencias, como la que se especialmente identifica por la mayoría (STS de 23 de julio de 2021), en la que el debate no lo era con un sujeto jurídico como el que aquí nos encontramos, ni tampoco estamos haciendo una globalización de la comunidad de bienes a los efectos que nos ocupan ya que tan solo se está dando una interpretación al art. 214.2 de la LGSS en relación con comuneros que despliegan una actividad por cuenta propia, en esa condición que ostenta, como integrantes de una comunidad de bienes.

Tampoco se está eludiendo, con el alcance que estamos otorgando al art. 214.2 de la LGSS, ninguna condición de las allí exigidas ya que no se está cuestionando la condición de trabajador por cuenta ajena de quienes, para el demandante, le permite reunir uno de los requisitos del citado precepto. Como tampoco que ese trabajador por cuenta ajena ha sido contratado por la comunidad de bienes que, en el ámbito de la Seguridad Social, está configurada por unos comuneros que se identifican a los efectos de figurar aquella como empleadora. Esto es, la persona que percibe la pensión figura en el sistema de la Seguridad Social como trabajador por cuenta propia, en su condición de comunero de la comunidad de bienes que, configurada con dos comuneros, tiene contratado, a más de dos trabajadores.

Tampoco estamos interpretando extensivamente el art. 214.2 de la LGSS, ni, por ende, estamos concluyendo en sentido diferente al que lo hizo la STS de 23 de julio de 2021 sino integrando las normas que en relación con el sistema de la Seguridad



Social están implicadas, máxime cuando la actividad por cuenta propia recoge una singularidad de sujetos que, precisamente, no elimina el alcance que este Voto entiende que debe otorgarse a aquella norma, como se obtiene de la Disposición Final Sexta Bis de la LGSS, introducida por la Ley 6/2017, de cuya previsión no podemos entender que con ella se esté excluyendo lo que este Voto entiende comprendido. Es más, lo que podría obtenerse de ella es que la compatibilidad entre jubilación y trabajo -ya lo sea por cuenta propia o ajena- se quiere extender en similares términos a los que se regula en el art. 214.2 de la LGSS, en esa generalidad.

El criterio que aquí se expresa no viene a integrar en él a cualquier cotitular de una empresa sino a los comuneros que despliegan una actividad y en tanto que mantengan contratados a trabajadores por cuenta ajena.

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 desde el año 2013, la cual tiene contratados al menos a tres 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 tres 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 tres trabajadores contratados, respondiendo con su patrimonio personal, presente y futuro, de todas las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los tres 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.

Con ello no estamos eludiendo lo que la STS de 23 de julio de 2021 razonó sobre la configuración de las sociedades de capital y su participación porque ellos, no pueden ni tan siquiera asimilarse a los comuneros.

Es evidente que el 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-). Y en ese contrapeso es el que aquí entendemos cumplido.

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.