

**No procede el incremento hasta el 100% de la pensión de jubilación activa de un trabajador autónomo si la persona contratada por cuenta ajena no realiza una actividad relacionada con la que efectúa el trabajador autónomo**

**Se plantea en el recurso si, en supuestos de jubilación activa de un trabajador autónomo, éste tiene derecho a percibir el 100% de la pensión correspondiente por tener contratada a una persona por cuenta ajena como empleada del hogar.**

Señala el Tribunal que, conforme a lo dispuesto en el art. 214 del TRLGSS, dos son las condiciones para compatibilizar la pensión de jubilación con una actividad productiva: por un lado, que la actividad se realice por cuenta propia, y, por otro, que se acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena. En relación con esta segunda condición, afirma que la persona que desarrolle la actividad debe estar directamente relacionada con la que efectúa el trabajador autónomo al que se le permite esta concreta modalidad de jubilación. La contratación como empleado del hogar no es un trabajo ligado al desarrollo empresarial del trabajador autónomo; se trata de una contratación ligada a la condición de "titular del hogar familiar", condición que, por sí misma, ni siquiera comporta la obligación del empleador de esta especial relación laboral de estar incluido en el RETA. En consecuencia, el TS da la razón al INSS y deniega al trabajador el derecho a percibir el 100% de la pensión de jubilación activa.

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **SENTENCIA 313/2023, DE 26 DE ABRIL DE 2023**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 517/2020

Ponente Excmo. Sr. ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

En Madrid, a 26 de abril de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 19 de junio de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, en el recurso de suplicación núm. 347/2019, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Burgos, de fecha 19 de marzo de 2019, autos núm. 649/2018, que resolvió la demanda sobre Seguridad Social interpuesta por Justino, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 19 de marzo de 2019 el Juzgado de lo Social núm. 2 de Burgos dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- DON Justino, nacido el día NUM000 de 1.953 se halla afiliado a la Seguridad Social con el número NUM001, estando en situación de Jubilación Activa, que solicitó en fecha 4 de mayo de 2.018 y le fue reconocida por Resolución del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de fecha 7 de mayo de 2.018, al 50% con un importe mensual de 628,85 € y fecha de efectos de 1 de junio de 2.018.

SEGUNDO.- En fecha 26 de junio de 2.018 el actor presentó escrito de Reclamación Previa, por entender que cumple los requisitos necesarios para ser incrementada la Pensión de Jubilación al 100% por tener un trabajador a cargo, que fue desestimada por Resolución de fecha 16 de julio de 2.018.

TERCERO.- DON Justino en fecha 8 de mayo de 2.018 contrató a un trabajador como empleado de hogar a tiempo parcial, con jornada de trabajo del 33,5%.

CUARTO.- El demandante solicita ser declarado en situación de Jubilación Activa y reconocimiento de Pensión al 100%, condenando al Organismo demandado a estar y pasar por esa declaración y a abonarle la Pensión conforme a dicho porcentaje.

QUINTO.- La base reguladora asciende a la cantidad de 1.257,70 € mensuales.

SEXTO.- En fecha 22 de noviembre de 2.017 se emitió por la Subdirección General de Ordenación Jurídica de la Seguridad Social, Dirección General de Ordenación, Secretaría de Estado, Nota Interior conteniendo criterio de interpretación del artículo 214 de la Ley General de la Seguridad Social, de acuerdo con la redacción dada por la Disposición Final Quinta de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, señalando que se introduce como requisito para el acceso a la nueva modalidad de Jubilación Activa, que el trabajador autónomo acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, señalando que dicho requisito solo puede ser acreditado por el Pensionista de Jubilación que, actuando como persona física, haya quedado incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en virtud del apartado 1 del artículo 305 de la Ley General de la Seguridad Social, fijando que el contrato de trabajo por cuenta ajena cuya acreditación se exige, podrá ser celebrado a jornada completa o parcial, dado que el precepto legal no establece limitación alguna al respecto, pudiendo efectuarse la contratación del trabajador por cuenta ajena en cualquiera de las actividades realizadas por el trabajador autónomo, en el supuesto de que este realice simultáneamente dos o más actividades que den lugar a su inclusión en este Régimen Especial, dado que su alta en el mismo es única, entendiéndose cumplido este requisito si el trabajador autónomo acredita la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo que dé lugar a la inclusión del trabajador por cuenta ajena en el Sistema Especial de Empleados de Hogar.

Este último criterio fue modificado en fecha 26 de julio de 2.018 en el sentido de entender que "...únicamente se entenderá cumplido este último requisito, si el trabajador autónomo acredita la formalización como empleador de un contrato de trabajo para el desempeño de un puesto de trabajo relacionado con la actividad por la que haya dado lugar a su alta en el Sistema de Seguridad Social como trabajador autónomo" ".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda presentada por DON Justino contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL debo declarar y declaro el derecho del actor a ser declarado en situación de Jubilación Activa y reconocimiento de Pensión al 100%, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por esta declaración con las consecuencias legales inherentes a la misma".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, la cual dictó sentencia en fecha 19 de junio de 2019, en la que consta el siguiente fallo:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia de fecha 19 de marzo de 2019 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Burgos en autos

número 649/2018 seguidos a instancia de D. Justino, contra los recurrentes, en reclamación sobre Jubilación y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida. Sin costas".

TERCERO.- Por la representación 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, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 23 de mayo de 2019 (R. 167/2019).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de abril de 2023, en cuya fecha tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en decidir si, en supuestos de jubilación activa de un trabajador autónomo, este tiene derecho a percibir el 100% de la pensión correspondiente por tener contratada a una persona por cuenta ajena como empleada de hogar.

2.- La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social n.º 2 de Burgos estimó la demanda formulada por el autónomo y le reconoció el derecho a percibir el 100% de la pensión de jubilación activa. La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León - sede de Burgos- de 19 de junio de 2019 (Rec. 347/2019), confirmó la sentencia de instancia.

Consta que el actor solicitó jubilación activa que le fue reconocida en porcentaje del 50%, importe mensual de 628,85 euros y fecha de efectos 1 de junio de 2018. Como consecuencia de contratar a un empleado de hogar a tiempo parcial, solicitó se incrementara el porcentaje de pensión al 100%, por tener un trabajador a cargo, lo que le fue denegado. El actor era trabajador por cuenta propia dedicado a la actividad de mantenimiento y reparación de vehículos de motor. Consta, igualmente, que por nota interior de la Subdirección General de Ordenación Jurídica de la Seguridad Social, se comunicó el criterio interpretativo del art. 214 LGSS -en redacción dada por DF 5.ª Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo-, señalando que la contratación del trabajador por cuenta ajena, lo podrá ser en cualquiera de las actividades realizadas por el trabajador autónomo, admitiéndose la contratación de trabajador por cuenta ajena en el Sistema Especial de Empleados de Hogar, siendo modificado dicho criterio el 26 de julio de 2018, en el sentido de que sólo se entendería cumplido el requisito si el trabajador autónomo acredita la formalización de un contrato de trabajo "para el desempeño de un puesto de trabajo relacionado con la actividad por la que haya dado lugar a su alta en el Sistema de Seguridad Social como trabajador autónomo".

Argumenta la sentencia que la interpretación que hay que dar al art. 214.2 párrafo segundo LGSS no es que el trabajador por cuenta ajena contratado deba serlo en la misma actividad que el jubilado activo, ya que de la literalidad de la norma no se deduce dicha exigencia, y si el legislador lo hubiera querido, lo habría establecido expresamente. Añade que la nota interior no es norma sustantiva por lo que tiene valor no vinculante.

3.- Recurre el INSS en casación unificadora denunciando infracción por aplicación indebida del artículo 214.2 LGSS. El recurso no ha sido impugnado de contrario. El informe del Ministerio Fiscal aboga por la procedencia del recurso.

SEGUNDO.- 1.- Invoca la parte recurrente de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 23 de mayo de 2019 (Rec. 167/2019), que confirmó la de instancia

que desestimo la demanda presentada por el actor en que solicitaba el incremento de la pensión de jubilación al 100%.

Consta probado que el actor era pensionista de jubilación en el RETA, continuando realizando actividad compatible como pensionista activo, percibiendo el 50% de su pensión. Como consecuencia de que había suscrito contrato de duración determinada con empleada de hogar a tiempo parcial, solicitó el incremento de su pensión al 100%, que le fue denegada por el INSS conforme al criterio interno de 11 de julio de 2018, en que se determinó que el contratado por cuenta ajena debía serlo en la actividad profesional realizada por el autónomo titular de la pensión, criterio que modificó el anterior de 15 de julio de 2018, en que se determinó que podía lucrarse el 100% de la pensión si el autónomo contrataba a un empleado de hogar.

La sentencia, con relación a la cuestión relativa a qué actividad debe desempeñar el trabajador contratado, señala que la Sala no está vinculada por los criterios que haya podido adoptar la entidad gestora, y concluye que, como la finalidad de la jubilación activa es favorecer el alargamiento de la vida activa, aprovechando en mayor medida los conocimientos y experiencia de los trabajadores mayores y reforzando la sostenibilidad del sistema, tales objetivos no se cumplen cuando el contratado se dedica a actividad distinta a la del trabajador jubilado, ya que la jubilación activa sólo tiene sentido si el trabajador autónomo jubilado contrata a un trabajador por cuenta ajena para su misma actividad empresarial o profesional.

2.- La contradicción, en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS, resulta palmaria ya que los hechos son sustancialmente iguales pues en ambos supuestos se está en presencia de trabajadores del RETA que teniendo reconocida jubilación activa, contratan a empleados domésticos, por lo que solicitan el incremento de la pensión. Las pretensiones son las mismas ya que en las dos sentencias lo pretendido por quien ha obtenido el reconocimiento del derecho a la jubilación activa en porcentaje de pensión del 50%, es que se incremente ésta hasta el 100% al haber contratado a empleados domésticos; y ambas pretensiones se basan en la interpretación del artículo 214.2 segundo párrafo LGSS.

A pesar de tal identidad sustancial, los fallos son contradictorios, ya que en la sentencia recurrida se reconoce el derecho al 100% de la pensión por cuanto de una interpretación literal de la norma no se deduce que la contratación tenga que ser para la misma actividad, mientras que en la sentencia de contraste se deniega por considerar precisamente lo contrario y ello en atención a la finalidad de la jubilación activa.

TERCERO.- 1.- La solución al debate planteado depende de la interpretación que se dé al artículo 214.2 LGSS, en la redacción dada por el 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, cuya dicción, por lo que a los presentes efectos interesa, es la siguiente: "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. 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".

El artículo 3.1 CC, por su parte, establece que "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

Teniendo en cuenta, por tanto, la literalidad de la norma a interpretar y los criterios hermenéuticos que proporciona el Código Civil, resulta evidente que la mera dicción de la norma es insuficiente para determinar el sentido auténtico que haya de darse al referido precepto ya que la mera interpretación literal resultaría insuficiente dado que podría amparar ambas posturas. Precisamente, la indeterminación de la regla según la que la cuantía de la pensión compatible con el trabajo podría alcanzar el 100% en el caso de que el trabajador autónomo acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, por sí misma resulta insuficiente para inferir que el trabajador contratado debe serlo en la misma actividad por la que el jubilado ha accedido a la condición de pensionista activo o, por el contrario, puede serlo también, en cualquier otra actividad.

2.- Por ello, el recurso al conjunto de criterios que ofrece el transcrito artículo 3.1 CC resulta imprescindible. Habrá que tener en cuenta la interpretación sistemática, la histórica, la finalista en el contexto social en el que la norma debe ser aplicada. A juicio de la Sala la aplicación de los anteriores criterios conduce a la conclusión de que la doctrina correcta, tal como interesa el Ministerio Fiscal, se encuentra en la sentencia de contraste por las razones que seguidamente pasamos a exponer.

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. Como dijimos en nuestra STS 120/2022, de 8 de febrero, 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 e, igualmente, se posibilita que el autónomo pueda percibir el 100% de la pensión si acredita la contratación de un trabajador por cuenta ajena. En este sentido, 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. Y es que, como 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 ( artículo 49.1 g 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 artículo 214.2 LGSS prevé excepcionalmente que se puedan jubilar y percibir al mismo tiempo la pensión de jubilación íntegra.

Lo expuesto va dirigido a fundamentar el alcance del precepto a cuyo amparo cabe compatibilizar la pensión de jubilación con una actividad productiva. Son dos las condiciones. La primera, que "la actividad se realice por cuenta propia". La segunda, que "se acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena". Sobre esta segunda exigencia se proyecta el problema que nos ocupa para cuya solución hay que atender, además, al dato general de que el trabajo por cuenta ajena equivale a personas que desarrollan actividad en las condiciones descritas por el artículo 1.1 ET; y al hecho específico de que la finalidad de la norma conduce a que tal actividad esté directamente relacionada con la que efectúa el trabajador autónomo al que se le permite esta concreta modalidad de jubilación en las ventajosas condiciones que la ley configura.

Imaginar que la contratación por cuenta ajena que exige el precepto en cuestión pueda realizarse en una actividad distinta de la que ha motivado y sustentado la inclusión del empleador en el RETA y de la que en principio se "jubila" se antoja complicado ya que tal exégesis iría claramente en contra de la finalidad de la ley y podría propiciar supuestos fácticos incompatibles con la finalidad de la norma. Además, como exponen nuestras SSTS 845/2021, 846/2021 y 847/2021 de 23 de julio de 2021, Rcuds. 1459/2020, 1515/2020 y 1702/2020, respectivamente 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

( artículo 213.1 LGSS), lo que impide que pueda interpretarse extensivamente, lo que ocurriría si se permitiese que la contratación del trabajador por cuenta propia pudiera permitirse en una ocupación no ligada a la actividad empresarial del trabajador autónomo beneficiario de tal jubilación activa. La contratación como empleado de hogar no es un trabajo ligado al desarrollo empresarial del trabajador autónomo; se trata de una contratación ligada a la condición de "titular del hogar familiar", tal como expresamente dispone el artículo 1.3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Condición que, por sí misma, ni siquiera comporta la obligación del empleador de esta especial relación laboral de estar incluido en el RETA, ya que no se trata, en puridad del ejercicio de una actividad económica o profesional a título lucrativo ( Artículo 305.1 LGSS).

CUARTO.- Lo expuesto determina la estimación del recurso, tal como interesa el informe del Ministerio Fiscal, y la consiguiente casación de la sentencia recurrida, y resolver el debate en suplicación estimando el de tal clase, para anular la sentencia de instancia y desestimar íntegramente la demanda. Sin costas de conformidad con lo preceptuado en el artículo 219 LRJS.

### **FALLO**

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

- 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.
- 2.- Casar y revocar la sentencia dictada el 19 de junio de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -sede de Burgos- en el recurso de suplicación núm. 347/2019.
- 3.- Resolver el debate en suplicación estimando el de tal clase y, al efecto, anular la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Burgos, de fecha 19 de marzo de 2019, autos núm. 649/2018.
4. Desestimar la demanda sobre Seguridad Social interpuesta por Justino, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- 5.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.