

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 3ª,
Sentencia de 17 Dic. 2013, rec. 1741/2013**

Ponente: Ruiz-Jarabo Quemada, Emilia.

Nº de Sentencia: 1095/2013

Nº de Recurso: 1741/2013

Jurisdicción: SOCIAL

LA LEY 239178/2013

Compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo de abogado que implique afiliación a la Mutualidad del colegio profesional

Cabecera

SEGURIDAD SOCIAL. Pensión de jubilación. Compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo de abogado que implique afiliación a la Mutualidad del colegio profesional. Excepciones a la regla general de incompatibilidad de la pensión con trabajo. Previsiones establecidas en la Orden TIN/1362/2011. La Orden Ministerial no es de aplicación ni a quienes vinieran compatibilizando el ejercicio con la percepción de la pensión ni a quienes tengan 65 años cumplidos el 1-7-11, con independencia de que se hallen o no jubilados. Hasta la publicación de la Orden los profesionales autónomos colegiados que comenzaban a percibir la pensión de jubilación de la S.S., podían seguir ejerciendo su actividad profesional por cuenta propia si optaban por permanecer en alta en una mutua de previsión social.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid y confirma el derecho del demandante a percibir pensión de jubilación.

Texto

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34002650

Diario LA LEY



NIG : 28.079.00.4-2012/0024366

Procedimiento Recurso de Suplicación 1741/2013

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid Seguridad social 1346/2012

Materia : Jubilación

Sentencia número: 1095/2013-FG

Ilmos. Sres.

D./Dña. JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO

D./Dña. ROSARIO GARCIA ALVAREZ

D./Dña. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

En Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil trece, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EON NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 1741/2013, formalizado por el/la Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de fecha 04/03/2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid en sus autos número Seguridad social 1346/2012, seguidos a Diario LA LEY

instancia de D./Dña. Adolfo frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación por Jubilación, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- El demandante, nacido el NUM000 -40, figura afiliado a la Seguridad Social con el número NUM001 .

SEGUNDO.- Con fecha 5-6-12 el demandante solicito pensión de jubilación en el RETA como abogado ejerciente por cuenta propia indicando en la solicitud que deseaba continuar ejerciendo la profesión de abogado por cuenta propia, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional trigésimo séptima de la Ley 27/2011 de 1 de agosto, de Actualización , Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social.

TERCERO.- *Mediante escrito de 12-6-12 el INSS contesta que para poder tramitar la solicitud de jubilación es necesario que les indique la fecha en la cual pretende jubilarse, en la que deberá causar baja en el RETA.*

El actor contestó que deseaba continuar ejerciendo su profesión, a lo que se le vuelve a pedir que es obligatorio indicar en la solicitud la fecha en la que pretende acceder a la pensión de jubilación y causar baja en el RETA, y ello con independencia de que figure afiliado a la Mutualidad de la Abogacía.

El actor aclara por escrito de fecha 9-7-12 que el 1 de agosto de 2012.

CUARTO.- *Con fecha 19-7-12 el actor solicita su baja en el RETA, y la TGSS, mediante resolución de fecha 3-9-12 acuerda desestimar la solicitud de baja en el RETA por no quedar acreditado el cese de actividad que dio lugar a su alta en el citado régimen especial.*

Dicha resolución adquirió firmeza al no haber sido impugnada.

QUINTO.- *Mediante resolución de 14-9-12 el INSS acuerda denegar la pensión de jubilación solicitada por no haberse producido el hecho causante de la pensión, según lo dispuesto en los*

Diario LA LEY

artículos 2.1 c) y 3 de la Orden de 18-1-67.

SEXTO.- Se ha agotado la vía administrativa.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que estimando la demanda formulada por D. Adolfo contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho del actor a que le sea reconocida la pensión de jubilación compatible con el ejercicio de la profesión de abogado, con una base reguladora de 965,96 euros y efectos desde el 1-8-12.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 23/07/2013, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 26/11/2013 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Contra la sentencia de instancia que, estimando la pretensión actora declara el derecho del actor a ser beneficiario de la pensión de jubilación sobre una base reguladora de 965,96 euros con efectos desde el 01/08/2012, compatible con el ejercicio de la profesión de abogado, se alza en suplicación el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, formulando un único motivo, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, por considerar que se han infringido el artículo 165 L.G.S.S., los artículos 2.1.c) y 3 de la Orden de 18/01/67, artículo 161 de igual norma, el artículo 93 de la Orden de 24/09/70 y la Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/95 de 8 de noviembre de ordenación del seguro privado.

Alega la parte recurrida que es inadmisibile el recurso presentado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, que no fue demandada, ni, consiguientemente fue citada al acto de juicio, ni condenada en sentencia, señalando al efecto que si bien es cierto que no ha sido parte en el proceso la Tesorería General de la Seguridad Social y, en este caso, la presencia del citado servicio común no es ineludible, nada impide que en trámite de recurso y en virtud

Diario LA LEY

de lo dispuesto en el artículo 141.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, se pueda personar y ser tenida por parte, con plenitud de posibilidades de alegación y defensa, incluida la de interponer el recurso o remedio procesal que pudiera proceder en los pleitos en materia de prestaciones de seguridad social y en general en los procedimientos en los que tenga interés por razón del ejercicio de sus competencias, sin que tal intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones.

SEGUNDO: En cuanto a la pretensión de la Entidad Gestora recurrente que admite como excepción a la norma general compatibilidad de la pensión de jubilación con trabajos que impliquen la afiliación a la Mutualidad de un colegio profesional, pero entiende que no se puede pretender por el actor el cobrar la pensión de jubilación estando de alta en el RETA y, en definitiva, considera que para percibir la pensión desde la fecha de efectos de 01/08/12 sería preciso que el actor estuviese de baja en el RETA desde esa fecha y no lo estaba y de forma subsidiaria solicita que la concesión de la pensión de jubilación con esa fecha de efectos ocasione la baja automática en el RETA desde la referida fecha al ser ambas incompatibles, según el art. 93 de la Orden de 24/07/70.

No cuestionándose por la recurrente compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo de abogado que implique la afiliación a la Mutualidad de un colegio profesional, tal y como se razona en la sentencia de instancia cuyos fundamentos de derecho reproducimos:

«El artículo 165 de la LGSSestablece:

"1. El disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen.

No obstante lo anterior, las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

2. El desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo primero de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación, en su modalidad contributiva. La percepción de la pensión indicada quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus

Diario LA LEY

revalorizaciones.

3. También será incompatible el percibo de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, con el desempeño de los altos cargos a los que se refiere el artículo primero de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades de Altos Cargos ".

Existen, por tanto, excepciones a la regla general de incompatibilidad de la pensión con un trabajo, tal y como se señala en el Informe elaborado por el INSS con fecha 12-6-12 (documento 1 del ramo de prueba de la parte actora):

a) La jubilación parcial y la jubilación flexible.

b) El mero mantenimiento de la titularidad de un negocio o establecimiento mercantil siempre que no lleve a cabo ningún trabajo, y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad.

c) A partir del 2-8-11, con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el SMI, en cómputo anual (art. 165.4).

d) Con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados (médicos, abogados, químicos, arquitectos, de alta en los Colegios profesionales alternativos al RETA.

Como para ejercer una actividad profesional es preciso estar de alta en el Censo de Empresarios Profesionales y Retenedores, es evidente que no es preciso cumplir el requisito que exige el INSS al actor para causar derecho a la pensión de jubilación, ya que cumple todos los demás requisitos exigidos legalmente, y el artículo transcrito se limita a señalar la incompatibilidad en los términos que legal o reglamentariamente se determinen, siendo así que la disposición adicional trigésimo séptima de la Ley 27/2011 de 1 de agosto, de Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social establece la compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo: "El Gobierno presentará un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. Mientras no se produzca esta regulación, se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo".

Esta Orden, en su artículo único, establece la incompatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación de la Seguridad Social y el ejercicio de actividad de los profesionales colegiados" "El régimen de incompatibilidad entre pensión de jubilación y el trabajo del pensionista, previsto en el artículo 16 de la Orden de 18

de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, y en las correspondientes normas reguladoras de los regímenes especiales de la Seguridad Social, será también aplicable con respecto al ejercicio de la actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados que, al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en la redacción dada por el artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se hallen exonerados de la obligación de causar alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, con independencia de que queden o no integrados en una de las mutualidades de previsión social a las que la indicada disposición legal posibilita su actuación como alternativas al alta en el expresado régimen especial".

Por tanto, como sostiene el escrito de impugnación, la Ley sobre actuación, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social deja sin efecto la vigencia de la Orden TIN/1362/2011, publicada por el Ministerio de Trabajo, sobre el régimen de incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia de los profesionales colegiados, manteniéndose de momento la regulación que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la citada orden hasta que el Gobierno regule por ley dicha materia.

(...) Para concluir, hasta la aprobación de esta Orden, se daba la paradoja de que a los profesionales colegiados ejercientes afiliados al RETA les era de aplicación la incompatibilidad del ejercicio con la pensión, lo que no ocurría con profesionales afiliados a una mutualidad de previsión social.

La novedad reside en declarar expresamente la incompatibilidad de la pensión de jubilación en cualquier régimen de la Seguridad Social con el ejercicio de actividad de los profesionales, estén o no estén integrados en las mutualidades alternativas de previsión social, que funcionan como alternativas al RETA.

No obstante lo anterior, la entrada en vigor de la medida no afectará a los profesionales que vinieran compatibilizando la pensión de jubilación con el ejercicio de una actividad profesional con anterioridad a 1-7-11.

Pero el 4 de junio se publicó una modificación. La nueva norma no afectará a quienes en la citada fecha hubieran ya cumplido los 65 años de edad.

Es decir, la modificación de la Orden Ministerial deja claro que esta no es de aplicación ni a quienes vinieran compatibilizando el ejercicio, con la percepción de la pensión ni a quienes tengan 65 años cumplidos el 1-7-11, con independencia de
Diario LA LEY

que se hallen o no jubilados.

Por tanto, hasta la publicación de la Orden los profesionales autónomos colegiados que comenzaba a percibir la pensión de jubilación de la Seguridad Social, podían seguir ejerciendo su actividad profesional por cuenta propia si optaban por permanecer en alta en una mutua de previsión social.

A partir de la Orden TIN/1362/2011, el profesional colegiado que a 1-7-11 no hay cumplido 65 años y que a partir de esa misma fecha acceda a la pensión de jubilación de la Seguridad Social, habrá de darse de baja de la mutualidad profesional y no podrá ejercer profesionalmente, salvo que opte por suspender la pensión de jubilación.

Los profesionales colegiados que hasta 1-7-11 vinieran ejerciendo la profesión cubiertos por la mutua de previsión social y los que ya tengan 65 años, podrán seguir compatibilizando la percepción de la pensión de jubilación con el ejercicio de la profesión.» Criterio mantenido por la Juzgadora "a quo" que la Sala comparte.

En cuanto a los efectos, la sentencia de instancia debe ser confirmada, pues entiende el I.N.S.S. que deben ser desde que se produce el hecho causante, que es la baja en el RETA, lo que no se ha producido por impedirlo el I.N.S.S., significando que para ejercer es preciso estar de alta en Hacienda y, por tanto, este requisito -acreditar documentalmente la baja en Hacienda como Abogado ejerciente por cuenta propia- no puede ser exigido.

Consta en los hechos probados que con fecha 19/07/2012 el actor solicitó en la T.G.S.S. su baja en el RETA, de lo que informó al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social mediante resolución de fecha 03/09/2012 acuerda desestimar la solicitud de baja en el RETA por no quedar acreditado el cese de actividad que dio lugar a su alta en dicho Régimen especial.

La parte actora muestra su conformidad con que la fecha de efectos de la baja en el RETA del actor sea la de 1 de agosto de 2012, tal y como ha solicitado reiteradamente y se deriva del contenido de la sentencia de instancia.

Por tanto, procede el decaimiento del recurso con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

TERCERO: De acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial) de la que es expresión, por ejemplo, la STS de 27/09/2000 (recurso 4585/1999), no ha lugar a condenar en costas a la Entidad Gestora recurrente.

Y ello es así, porque el artículo 19.3 de la vigente Ley General de la Seguridad Social dispone: "Las Entidades Gestoras gozarán del beneficio de justicia gratuita a Diario LA LEY

efectos jurisdiccionales". Por su parte, la Ley 1/1996 de 10 de enero, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, establece con respecto al ámbito personal de su aplicación, en el art. 2 que tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita: "b) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso".

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el/la Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de fecha 04/03/2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid en sus autos número Seguridad social 1346/2012, seguidos a instancia de D./Dña. Adolfo frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en materia de compatibilidad de la pensión de jubilación con la profesión de abogado, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Sin hacer expresa declaración de condena en costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala. Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-1741-13 que esta sección tiene abierta en BANCO CRÉDITO ESPAÑOL sita en C/ Miguel Ángel, 17; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir

la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S).

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y de Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/266/2012, de 13 de Diciembre.

A los trabajadores, funcionarios, personal estatuario, beneficiarios del régimen público de la seguridad social y sindicatos, cuando actúen en defensa de un interés colectivo de los trabajadores o beneficiarios de la seguridad social, no les es exigible el abono de la referida tasa.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.