

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL**

NIG: 08019 - 44 - 4 - 2013 - 8010514

mm

Recurso de Suplicación: 3975/2014

ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

ILMO. SR. DANIEL BARTOMEUS PLANA

ILMO. SR. FÉLIX V. AZÓN VILAS

En Barcelona a 7 de octubre de 2014

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 6554/2014

En el recurso de suplicación interpuesto por Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la Sentencia del Juzgado Social 17 Barcelona de fecha 29 de noviembre de 2013 dictada en el procedimiento nº 221/2013 y siendo recurrido José Manuel Romacho Romero. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Félix V. Azón Vilas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 29 de noviembre de 2013 que contenía el siguiente Fallo:

"que, estimando totalmente la demanda interpuesta por José Manuel Romacho Romero contra Instituto Nacional de la Seguridad Social,

1) debo acordar y acuerdo la revocación, en todos sus términos, de las resoluciones dictadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social los días 19.11.12 y 16.1.13, en el expediente del que trae causa esta sentencia, dejando dichas resoluciones sin efecto alguno;

2) debo condenar y condeno al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por la anterior declaración y a que abone al demandante la pensión de jubilación reconocida en

resolución de 28.1.08, en la forma y cuantía previstas en dicha resolución y desde la fecha en que dejó de abonársela."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

1º- El demandante, José Manuel Romacho Romero, nacido el 16.11.42, solicitó pensión de jubilación al INSS el 25.1.08. Dicha entidad, mediante resolución de 28.1.08, reconoció al demandante una pensión de jubilación con cargo al Régimen General de la Seguridad Social, equivalente a un 100% de una base reguladora mensual de 2.514,36 €, catorce pagas anuales y efectos desde el 17.11.07. En dicha resolución, el INSS reconoció al demandante 36 años cotizados al Régimen General de la Seguridad Social.

2º- El 8.5.12, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) hizo una visita de inspección al centro de trabajo de la empresa "Gabinet d'Estudis Comportamentals Còrsega SLP". Fruto de dicha visita y actuaciones posteriores, la ITSS comunicó a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) el alta de oficio del demandante en el RETA desde el 1.5.08 y levantó acta de liquidación de cuotas por el periodo mayo 2008 - junio 2012.

3º- Mediante resolución de 11.7.12, el INSS comunicó al demandante que había iniciado expediente de reintegro de cantidades percibidas indebidamente por figurar de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social para Trabajadores Autónomos (RETA) desde el 1.5.08, concediéndole plazo para formular alegaciones.

El 1.8.12, el demandante presentó escrito de alegaciones.

Mediante resolución de 19.11.12, el INSS acordó dejar en suspenso la pensión de jubilación del demandante desde el 1.5.08 y mientras durara la actividad laboral o percibiera Ingresos sustitutivos. También declaró la obligación del demandante de devolver 152.033,24 € percibidos indebidamente y correspondientes al importe de la prestación durante los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012.

4º- El demandante presentó reclamación previa contra la resolución de 19.11.12, que fue desestimada por resolución de 16.1.13. Ello dio lugar a la demanda rectora de las actuaciones de las que dimana esta sentencia.

5º- El demandante, licenciado en Medicina y Cirugía, es mutualista de "Mutual Mèdica de Catalunya i Balears, Mutualitat de Previsió Social a prima fixa" desde el 1.1.1972.

6º- El demandante es administrador solidario, junto con su esposa, de "Gabinet d'Estudis Comportamentals Còrsega SLP".

Dicha sociedad fue constituida mediante escritura pública otorgada el 13.5.92 con la denominación de "Gabinet d'Estudis Comportamentals Còrsega SL" por el demandante, su esposa y dos hijas del matrimonio.

El capital social de dicha sociedad se dividió en 200 participaciones sociales. El demandante suscribió 104, su esposa suscribió 80 y las restantes fueron suscritas por las hijas.

El objeto social de dicha sociedad es "la realización de estudios de comportamiento y asistencia médica, psicológica, psiquiátrica y neurológica".

El domicilio de dicha sociedad radica en Barcelona, calle Còrsega 276, principal.

Mediante escritura pública otorgada el 31.12.08, se acordó elevar a públicos los acuerdos sociales tomados en junta celebrada el 1.12.08, consistentes en adaptar la sociedad a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, cambiar su denominación por la actual y modificar la distribución del capital social, haciendo entrar a otra de las hijas, de forma que el

demandante pasó a ser titular de 100 participaciones y su esposa de 76, mientras que las restantes pasaron a ser titularidad de las hijas.

7º- "Gabinet d'Estudis Comportamentals Còrsega SLP" está inscrita en el registro de sociedades profesionales existente en el "Col·legi Oficial de Metges de Barcelona".

8º- El demandante, como administrador solidario de "Gabinet d'Estudis Comportamentals Còrsega SLP", firmó en 2010 el contrato de trabajo, comunicación de extinción de la relación laboral y certificado de empresa de una trabajadora de la empresa. También en 2010, firmó la comunicación de prórroga del contrato de trabajo de otra trabajadora. En 2012, firmó la comunicación de conversión de un contrato temporal a indefinido de otra trabajadora y el contrato de trabajo de otra.

9º- El demandante es administrador mancomunado, junto con otra persona, de "Gabinete Médico Còrsega, SLP".

Dicha sociedad se constituyó como sociedad civil mediante contrato de 23.10.98 y fue transformada en sociedad civil profesional mediante escritura pública otorgada el 20.1.12.

El socio mayoritario de dicha sociedad es "Gabinet d'Estudis Comportamentals Còrsega SLP", que posee el 51% de participaciones. El demandante posee el 11%, su esposa el 2% y una de sus hijas el 1%. Las restantes pertenecen a otros socios.

La sociedad tiene su domicilio en Barcelona, calle Còrsega 276.

10º- El demandante fue administrador solidario, junto con otra persona, de "Institut Ros Romacho Seguí, SL".

Dicha sociedad fue constituida mediante escritura pública otorgada el 2.5.02 y su domicilio radicaba en Barcelona, calle Muntaner 44, entresuelo.

El capital social se dividió en 500 participaciones. El demandante suscribió 115. Las restantes fueron suscritas por otros socios.

En junta celebrada el 31.10.02, se acordó la disolución y liquidación de la sociedad. El acuerdo fue elevado a escritura pública el 31.12.02."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se articula el recurso por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre la base de un único motivo, al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, y se alega infracción del artículo 165 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, al entender que el demandante ha infringido la prohibición de incompatibilidad (al ser perceptor de pensión de jubilación) con la realización de cualquier tipo de trabajo.

La Entidad Gestora dictó en su día resolución por la que se vino a declarar que la posición del demandante, José Manuel ROMACHO ROMERO, como administrador solidario de un Gabinete de Estudios Psicológicos es incompatible con la percepción de la pensión de jubilación que tiene reconocida en el Régimen General de la Seguridad Social: por tal motivo

acuerda la suspensión de la percepción de la pensión y declara la obligación de devolver 152.033 euros, cantidad equivalente a la pensión percibida durante el tiempo en que se le imputa haber compatibilizado indebidamente la pensión y el trabajo.

La sentencia estima la demanda y declara que no está sujeto por incompatibilidad alguna y, por tanto, puede percibir la pensión y debe la Entidad Gestora continuar con el abono de la misma.

A tal tesis se adhiere el escrito de impugnación del recurso que presenta unos argumentos jurídicos bien elaborados para rebatir los argumentos de aquel, y plantean ambos un debate jurídico acerca del alcance de las incompatibilidades entre trabajo y ejercicio de algunas profesiones (la que da origen a este caso, pero también otras como la de abogado, economista, arquitecto, ingeniero, etc.).

Se da la circunstancia de que aún cuando, como bien señala la sentencia, la cuestión de la obligación de causar alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos tiene el carácter de prejudicial a los efectos de la resolución del objeto del proceso, la decisión sobre la misma es determinante sobre el resultado final y la confirmación o revocación de la resolución administrativa que suspende el cobro de la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social y la obligación de devolución de lo percibido por tal concepto.

El recurso plantea una discusión jurídica que va a ser resuelta en los siguientes razonamientos.

SEGUNDO.- La primera cuestión que ha de determinarse es si la actividad que ha venido desarrollando el recurrente debe dar lugar a su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) o en el Régimen General de la Seguridad Social (RG), y también la razón para la inclusión en uno u otro régimen.

A primera vista, la Disposición Adicional Vigésima Séptima (Campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos) de la Ley General de la Seguridad Social establece que *"Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a Título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social"*: ello implica que la mera actividad de administrador de una sociedad supone el alta en el RETA, y de ser así el asunto sencillamente debería quedar resuelto.

Sin embargo el tema más complejo. En efecto, nos hallamos con que el demandante es *"socio profesional"*, según la definición dada por el artículo 4.1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, en los siguientes términos: *"Son socios profesionales: a) Las personas físicas que reúnan los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social y que la ejerzan en el seno de la misma"*. Y es socio profesional de una sociedad mercantil de responsabilidad limitada inscrita en el correspondiente Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Oficial de Metges de Barcelona (hecho declarado probado séptimo de la sentencia recurrida), razón por la que al presente caso es de aplicación la citada Ley 2/2007, de sociedades profesionales, cuyo artículo

primero señala claramente, en su apartado 2, que "las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en esta Ley", para añadir en su apartado 3 que "las sociedades profesionales se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada".

Queda pues patente que nos hallamos ante una norma de carácter especial y que por tanto debe primar sobre la regulación general en la materia, de manera que, de existir alguna previsión en la norma relativa a la afiliación a la seguridad social, las previsiones de la ley especial serán las aplicables, y sólo de no existir habremos de acudir a la Ley General de la Seguridad Social.

Ello nos obliga a analizar si existe alguna previsión en dicha norma sobre la afiliación a alguno de los regímenes del sistema de seguridad social. Pues bien la Disposición Adicional Quinta ("Régimen de Seguridad Social de los Socios Profesionales") establece que: "Los socios profesionales a los que se refiere el art. 4.1.a) de la presente Ley estarán, en lo que se refiere a la Seguridad Social, a lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Supervisión y Ordenación de los Seguros Privados".

Hemos de entrar pues a analizar la normativa especial que existe en materia de encuadramiento de los profesionales médicos o de aquellas otras profesiones que gozan de similar regulación.

TERCERO.- La norma básica que debemos aplicar al presente debate es la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y supervisión de los Seguros Privados (bajo el epígrafe "*Integración en la Seguridad Social de los colegiados en Colegios Profesionales*") que según la redacción dada por el art.33 de la Ley 50/1998 de 30 diciembre 1998 (y que mantiene su vigencia en virtud de la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados) establece que:

1. *Quienes ejerzan una actividad por cuenta propia, en las condiciones establecidas por el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que requiera la incorporación a un Colegio Profesional cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se entenderán incluidos en el campo de aplicación del mismo, debiendo solicitar, en su caso, la afiliación y, en todo caso, el alta en dicho Régimen en los términos reglamentariamente establecidos.*

De donde se deduce que el RETA es el régimen al que debería cotizar el demandante y no el el Régimen General, ello a consecuencia de su actividad profesional privada.

No obstante la norma contiene un tercer párrafo que señala:

No obstante lo establecido en los párrafos anteriores, quedan exentos de la obligación de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos los colegiados que opten o hubieren optado por incorporarse a la Mutuality de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, siempre que la citada Mutuality sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del apartado 2 del art. 1 del Reglamento de Entidades de

Previsión Social, aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre. Si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la Mutualidad correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad.

De modo que, por cuanto ahora interesa, nos hallamos con que el demandante no está obligado a cotizar por su actividad por cuenta propia, pues está incorporado a una Mutualidad de Previsión Social (hecho declarado probado quinto) desde el 1 de enero de 1972, lo que nos lleva -por la simple aplicación de la norma citada- a entender que quedó exento de su obligación de alta en el RETA pues tanto su incorporación, como la propia Entidad de Previsión Social a la que pertenece, son anteriores a la fecha que establece la Disposición Adicional: en definitiva en base a su actividad profesional no estaba obligado a darse de alta en el RETA antes de alcanzar la edad de jubilación.

Específicamente la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas contiene en su Disposición Adicional Decimoquinta, bajo el epígrafe "*Encuadramiento en la Seguridad Social del personal estatutario de los Servicios de Salud que realice actividades complementarias privadas*" una previsión idéntica a la antes reseñada, si bien referida específicamente al personal médico que compatibilice su trabajo en el sector público con su actividad privada, y establece que:

Las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que presten servicios, a tiempo completo, en los servicios de salud de las diferentes comunidades autónomas o en los centros dependientes del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, y que, además, realicen actividades complementarias privadas, por las que deban quedar incluidas en el sistema de la Seguridad Social, quedarán encuadradas, por estas últimas actividades, en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Aunque inmediatamente añade un párrafo segundo con el siguiente contenido, que nuevamente viene a ser una excepción a la norma general:

A fin de cumplimentar la obligación anterior, en el caso de profesionales colegiados a los que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de supervisión y ordenación de los seguros privados, los mismos podrán optar entre solicitar el alta en el mencionado Régimen Especial o incorporarse a la correspondiente Mutualidad alternativa de las previstas en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de supervisión y ordenación de los seguros privados.

Queda pues patente que el demandante actuó de acuerdo con la ley cuando no causó alta en el RETA durante el tiempo que trabajo en el sector público y además mantuvo abierto su gabinete privado.

Podría no obstante objetarse que el Acta de la Inspección de Trabajo plantea que procede el alta en el RETA por cuanto ha firmado contratos y acuerdos de extinción con varias trabajadoras que prestaban servicios para su Gabinete, y ello puede sobrentenderse que excede la mera actividad profesional. Sin embargo, si aplicamos el criterio de un ciudadano medio, habremos de concluir que la actividad de contratar o despedir al personal administrativo

y colaborador del Gabinete es parte integrante de la actividad de quien sea su administrador, sin que ello suponga merma de su carácter profesional, pues también realizaría dichas contrataciones la misma persona si no formase parte de una sociedad profesional y el gabinete fuera de su personal y exclusiva propiedad. Lo que nos lleva a rechazar tal hipotética objeción.

CUARTO.- Resta por analizar si la exención de la que se ha beneficiado el profesional -de no cotizar al RETA por su actividad durante el tiempo previo a su jubilación- se mantiene o no una vez es beneficiario de esta última: en definitiva se trata de analizar si quien pudo compatibilizar el trabajo del sector público sanitario (que originó la cotización al régimen general) con su actividad privada como profesional médico (sin que ello lo obligase a una doble cotización) puede mantener su actividad profesional privada sin alta en el Sistema de Seguridad Social, y por tanto puede compatibilizar el percibo de la pensión con la continuidad de su vida profesional.

Como bien apunta la sentencia de Instancia el tema quedado resuelto por la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados, que dispone que:

El régimen de incompatibilidad entre pensión de jubilación y el trabajo del pensionista, previsto en el art. 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 art. 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.

Previsión esta que debería llevarnos a la conclusión de que la actuación de la Entidad Gestora suspendiendo la pensión de jubilación y reclamando la devolución de la percibido, como consecuencia de que el Acta levantada por la Inspección de Trabajo, es correcta. Ahora bien, su Disposición Adicional Única (bajo el epígrafe "Aplicación de la norma") vuelve a establecer una excepción, en los siguientes términos:

El régimen de incompatibilidad a que se refiere esta orden no será de aplicación con respecto a los supuestos en los que la correspondiente pensión de jubilación viniera compatibilizándose con el ejercicio de la actividad por cuenta propia del profesional colegiado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta orden, así como para quienes en la citada fecha hubieran ya cumplido los 65 años de edad.

Si tenemos en cuenta que dicha Orden entró en vigor el 1 de julio de 2011, y dado que la pensión reconocida tiene efectos de 17 de noviembre de 2007, hemos de concluir que el demandante pudo, y puede, seguir compatibilizando el ejercicio de su actividad profesional con

el percibo de su pensión de jubilación del régimen RG de la Seguridad Social derivada de su trabajo por cuenta ajena.

Por ello debemos confirmar la sentencia de instancia, que magníficamente razona el motivo de la estimación de la demanda, recogiendo la voluntad de la ley de conceder un trato diferenciado a estas profesiones en su compatibilidad profesional tanto durante el periodo de su actividad profesional ordinaria como tras su jubilación; y ello nos lleva a desestimar el en todos sus extremos. Sin costas.

FALLAMOS

Que debemos desestimar, como lo hacemos, el recurso interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social 17 de Barcelona de fecha 29 de noviembre de 2013, recaída en autos 221/2013 seguidos a instancia de José Manuel ROMACHO ROMERO contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y en su consecuencia confirmamos dicha sentencia en todos sus extremos.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER , Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.