

Roj: **STS 856/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:856**Id Cendoj: **28079130042016100070**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **02/03/2016**Nº de Recurso: **1857/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JESUS CUDERO BLAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Marzo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. **1857/2014** interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la **TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de fecha 14 de abril de 2014, dictada en el procedimiento ordinario núm. 897/2013, sobre revisión de oficio de la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos; es parte recurrida don Domingo, representado por el Procurador de los Tribunales don Miguel Ángel Montero Reiter.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La representación procesal de don Domingo interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias recurso contra la resolución de la Dirección Provincial de Asturias de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 24 de septiembre de 2013, por la que desestimó el recurso de alzada dirigido frente al acuerdo de la Administración de Luarca de fecha 29 de julio de 2013, por el que se procedió a dejar sin efecto la baja del indicado recurrente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) el 31 de mayo de 2013 " *al no acreditar el cese efectivo en el desarrollo de la actividad profesional en base a la cual optó por ser incluido en el mencionado régimen especial*".

**SEGUNDO.** En su escrito de demanda pretendía la parte actora la nulidad de las expresadas resoluciones por entender, resumidamente, que: a) No resulta de aplicación al recurrente la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, por cuanto su incorporación al RETA el 1 de febrero de 2007 no fue el resultado del ejercicio de una opción, sino la expresión de su intención de seguir cotizando a la Seguridad Social mediante la única forma posible; b) Al aprobarse por la Administración su derecho a una pensión de jubilación ya conocía que el actor tenía la intención de compatibilizar la situación de jubilado con el ejercicio de un trabajo profesional; c) La compatibilidad de su pensión de jubilación y el ejercicio de la profesión liberal de **abogado** resulta de lo dispuesto en la disposición adicional trigésimo séptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que no ha sido tenida en cuenta por las decisiones impugnadas.

**TERCERO.** Por sentencia de la Sala de Oviedo de 14 de abril de 2014 se estimó el recurso, anulando las resoluciones impugnadas, por considerar, sustancialmente, lo siguiente: a) Que el recurrente se dio de alta en el Régimen General de la Seguridad Social el 1 de marzo de 1974, manteniéndose en el mismo hasta el 5 de octubre de 2006, y que, asimismo, el 1 de octubre de 1975 se dio de alta como **abogado** en el Colegio de **Abogados** de Oviedo, dándose simultáneamente también de alta en la Mutualidad General de la Abogacía; b) Que esta situación de alta en el Régimen General y en la Mutualidad de la Abogacía se mantuvo durante más de veinticinco años, a ciencia y paciencia de la Administración ahora demandada, pues tras su baja en el Régimen General de la Seguridad Social se dio de alta en el RETA el 1 de febrero de 2007, manteniéndose en la Mutualidad General de la Abogacía; c) Que la nueva situación no fue con motivo del ejercicio de una



opción en la forma prevista por la disposición adicional decimoquinta 1, párrafo tercero, de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, pues, tras la nueva redacción de esta disposición, la Administración asumió la doble cotización al Régimen General y la Mutualidad durante más de seis años, lo que venía ya haciendo en los diecinueve anteriores, por lo que el alta en el RETA en el año 2007, es decir, nueve años después de la entrada en vigor de la reforma, no supuso para el recurrente el ejercicio de opción alguna, sino que se mantuvo de alta en el RETA y en la Mutualidad.

**CUARTO**. La Tesorería General de la Seguridad Social ha interpuesto recurso de casación frente a dicha sentencia aduciendo un único motivo de impugnación amparado en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por entender que tal sentencia vulnera la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, según la redacción dada por el artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, en relación con los artículos 31 y 35.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social.

**QUINTO**. El demandante en la instancia se opuso al recurso de casación, solicitando sentencia por la que se desestime íntegramente el mismo, confirmándose la resolución recurrida con imposición de costas a la parte contraria.

**SEXTO**. Admitido el recurso de casación por la Sección Primera de esta Sala, por providencia de 21 de diciembre de 2015 se designó ponente al Excmo. Sr. Magistrado don Jesus Cudero Blas y se señaló para la votación y fallo del presente recurso la audiencia del 16 de febrero de 2016, fecha en la que efectivamente se deliberó y votó el mismo con el resultado que ahora se expresa.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**. Aunque discrepan de cuáles sean sus consecuencias jurídicas, las partes coinciden en lo sustancial en los hechos que resultan de aplicación al caso, sucintamente expresados en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, y que se desprenden de los documentos que constan en autos y de las alegaciones de actora y demandada en la instancia. Tales hechos son, resumidamente, los siguientes:

1. El Sr. Domingo permaneció en la situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social durante el período comprendido entre el 1 de marzo de 1974 y el 5 de octubre de 2006.
2. Con fecha 1 de octubre de 1975 se dio de alta en la Mutualidad General de la Abogacía, situación en la que ha permanecido ininterrumpidamente hasta la actualidad.
3. Con fecha 9 de febrero de 2007 el interesado solicitó y obtuvo su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), señalando como fecha de inicio de su actividad de **abogado** el 1 de febrero de 2007.
4. Durante todo el período mencionado compatibilizó su inclusión en el régimen correspondiente de la Seguridad Social (tanto en el general, como en el especial) con su pertenencia a la Mutualidad General de la Abogacía.
5. Con fecha 6 de junio de 2013, el Sr. Domingo solicitó de la Tesorería General su baja en el RETA como **abogado**, fijando como fecha de cese de su actividad la del 31 de mayo de 2013 y como causa de la misma su pase a la situación de jubilación compatible con el trabajo profesional.
6. Mediante resolución de 13 de junio de 2013, y con efectos de 1 de junio de 2013, se le reconoce una pensión de jubilación por el Régimen General de la Seguridad Social.
7. Como consecuencia de tal reconocimiento de la pensión, se procedió a su baja de oficio en el RETA con efectos de 31 de mayo de 2013, acuerdo que le fue notificado al interesado con fecha 20 de junio de 2013.
8. Iniciado expediente de revisión de oficio de esta última resolución, se dicta finalmente acuerdo de 29 de julio de 2013, posteriormente confirmado en alzada, por el que se deja sin efecto el reconocimiento de su baja en el RETA por entender de aplicación lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, señalándose que "el Sr. Domingo optó por la afiliación y alta en el RETA con efecto de 1 de febrero de 2007, aunque continuando de alta en la Mutualidad General de la Abogacía como previsión profesional voluntaria y complementaria" y añadiendo que "una vez producida su alta en el RETA, solo puede producirse la baja en el mismo por el cese en la actividad determinante de su inclusión en él y solicitándola, además, a la Tesorería General de la Seguridad Social", siendo así que el interesado "no acredita el cese en el desarrollo de su actividad profesional; al contrario, tanto en su solicitud de baja, como en el escrito de alegaciones, como en la solicitud de jubilación manifiesta su intención de pasar a la situación de jubilación compatible con el trabajo profesional".



9. Esta resolución, que implica que no puede producirse la baja en el RETA mientras se continúe desempeñando la actividad profesional de **abogado**, es revocada por la sentencia recurrida en casación, por entender que no resulta aplicable al caso la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, por cuanto el alta en el RETA producida en el año 2007 no supuso para el recurrente el ejercicio de opción alguna, tal y como aquel precepto exige expresamente.

**SEGUNDO**. En el único motivo de casación del recurso interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, y con amparo en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, se defiende por la indicada Administración que la sentencia recurrida ha vulnerado la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, según la redacción dada por el artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, en relación con los artículos 31 y 35.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social.

La mencionada disposición, en la redacción derivada del artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, establece literalmente en su apartado primero lo siguiente:

*" 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.*

*Si el inicio de la actividad por el profesional colegiado se hubiera producido entre el 10 de noviembre de 1995 y el 31 de diciembre de 1998, el alta en el citado Régimen Especial, de no haber sido exigible con anterioridad a esta última fecha, deberá solicitarse durante el primer trimestre de 1999 y surtirá efectos desde el día primero del mes en que se hubiere formulado la correspondiente solicitud. De no formularse ésta en el mencionado plazo, los efectos de las altas retrasadas serán los reglamentariamente establecidos, fijándose como fecha de inicio de la actividad el 1 de enero de 1999.*

*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 Mutualidad de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, siempre que la citada Mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del apartado 2 del artículo 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".*

Como se dijo más arriba, los jueces a quo no consideran aplicable la citada disposición adicional por entender que don Domingo no solicitó y obtuvo su alta en el RETA -en febrero de 2007- con motivo del ejercicio de la opción que aquel precepto prevé. Y ello por cuanto, a criterio de la Sala de instancia, " tras la entrada en vigor de la nueva redacción de la Ley del Seguro, la Administración asumió la doble cotización al Régimen General y a la Mutualidad durante más de seis años, lo que venía ya haciendo en los diecinueve años anteriores, por lo que el alta en el RETA en el año 2007, es decir, nueve años después de la entrada en vigor de la reforma, no supuso para el recurrente el ejercicio de opción alguna, sino que se mantuvo de alta en el RETA y en la Mutualidad ". Y por esa razón, no encuentra la sentencia recurrida en casación inconveniente legal alguno para que la baja solicitada en el RETA " sea operativa en el momento en el que se dicta la resolución impugnada ".

Frente a dicha interpretación, sostiene la Tesorería General de la Seguridad Social que no pudo darse de alta al recurrente en el RETA (con efectos de 1 de febrero de 2007) al margen o con desconocimiento de lo establecido en la repetida disposición adicional, pues era este precepto el que legitimaba al actor para solicitar, y a la propia Tesorería para conceder, la incorporación a aquel régimen especial como consecuencia del ejercicio de la actividad de **abogado** por el interesado. Y si ello es así, siempre a juicio de la Administración recurrente, la baja del Sr. Domingo solo podía tener lugar, una vez que él mismo solicitó su incorporación a ese régimen, con ocasión del cese en la actividad profesional (de **abogado**), que siguió, sin embargo, ejerciendo tras el reconocimiento de la pensión de jubilación por el régimen general.

**TERCERO**. La solución a la cuestión controvertida exige partir de un presupuesto esencial: la normativa vigente desde el año 1995 tiene la clara finalidad de permitir que los trabajadores autónomos con colegiación obligatoria puedan afiliarse o darse de alta por su cuenta, y sin la necesaria intervención de los órganos directivos de sus Colegios, en el Régimen de Trabajadores Autónomos, imponiéndoles, con carácter general, la obligación de hacerlo en ese mismo régimen especial con una sola excepción: que lo hicieran a una Mutualidad sustitutoria (en el caso, la de la Abogacía).



A tal efecto, se les otorga una opción consistente en la posibilidad de permanecer en la Mutualidad o darse de alta en el Régimen Especial, opción que ha de considerarse en todo caso vinculada a la obligatoriedad de figurar necesariamente incorporados en uno u otro régimen, sin que la normativa que resulta de aplicación prohíba en absoluto la permanencia en ambos regímenes, que pueden resultar, por tanto, compatibles entre sí. Dicho de otro modo, en la medida en que estas mutualidades pueden constituir, como el propio artículo 64 de la Ley 30/1995 establece, una " *modalidad aseguradora de carácter voluntariocomplementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria* ", es claro que la pertenencia a las mismas puede complementar la afiliación o sustituirla.

Desde esta perspectiva adquiere toda lógica lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995 : los interesados no están obligados a incorporarse al RETA si optan por el régimen sustitutivo de una Mutualidad; pero si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la Mutualidad correspondiente , " *no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad*".

En el caso analizado en la instancia, el actor formuló su solicitud de alta en el RETA, aunque continuando de alta en la Mutualidad General de la Abogacía, circunstancia conocida por la Administración. Lo hizo en el mes de febrero de 2007, cuando ya estaba vigente la discutida disposición adicional decimoquinta. Por más que en su solicitud de alta no manifestara expresamente que " *optaba* " por un régimen en detrimento del otro, es lo cierto que una vez producida a su instancia su alta en el RETA bajo la vigencia de aquella norma, solo puede producirse la baja en el mismo por el cese en la actividad determinante de su inclusión en él y solicitándola, además, a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Así se desprende del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. En efecto: a) A tenor de su artículo 30 " *la comunicación de iniciación de la prestación de servicios o de la actividad o la del cese en las mismas efectuadas en los modelos oficiales de alta o de baja, o por los sistemas especialmente establecidos al efecto, implicará la solicitud en regla del alta o de la baja en la Seguridad Social* " ; b) Según su artículo 31 " *los sujetos obligados a solicitar las altas y bajas (...) deberán acreditar, según proceda, la prestación de servicios, el ejercicio profesional de la actividad y la concurrencia de los demás requisitos y circunstancias determinantes de la inclusión en el Régimen de que se trate, que han dejado de reunir los requisitos o, en su caso, que se han producido las variaciones que a los mismos afectan* " ; c) Y de conformidad con su artículo 35 " *la baja del trabajador producirá efectos desde el cese (...) en la actividad por cuenta propia* ", siendo así que " *la mera solicitud de la baja y el reconocimiento de la misma no extinguirá la obligación de cotizar ni producirá los demás efectos de aquélla si continuase la prestación del trabajo o el desarrollo de la actividad o situación correspondiente* " .

En definitiva, es cierto que el actor no venía obligado en su día a darse de alta en el RETA al mantenerse incorporado a la Mutualidad General de la Abogacía desde el mes de octubre de 1975. Pero en febrero de 2007, vigente ya la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995 , decidió libre y voluntariamente ( *optó* , en sentido propio) causar alta en el RETA, sin sustituir tal afiliación por su pertenencia a la Mutualidad. De esta manera, una vez producida dicha alta en el mencionado régimen especial, solo puede causar baja en el mismo por cesar en la actividad laboral por cuenta propia, sin que quepa revocar aquella decisión voluntaria, ejercitable por una sola vez, dada la indisponibilidad de los derechos y deberes derivados del sistema de la Seguridad Social vigente.

La sentencia recurrida, al admitir la eficacia de la solicitud de baja en el régimen especial, ha infringido lo dispuesto en los preceptos legales y reglamentarios citados, tal y como aduce la Tesorería General de la Seguridad Social en su único motivo de casación.

**CUARTO** . Procede, por tanto, estimar el recurso de casación en el sentido expuesto, casar la sentencia recurrida y, consiguientemente, desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto ante la Sala de Oviedo sin que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2, proceda la imposición de las costas procesales, ni las de esta casación, ni las causadas en la instancia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

Primero. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de fecha 14



de abril de 2014 , dictada en el procedimiento ordinario núm. 897/2013, sobre revisión de oficio de la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que se casa y anula.

Segundo. Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Domingo contra la resolución de la Dirección Provincial de Asturias de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 24 de septiembre de 2013, desestimatoria del recurso de alzada dirigido frente al acuerdo de la Administración de Luarca de fecha 29 de julio de 2013, por el que se procedió a dejar sin efecto la baja del indicado recurrente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) el 31 de mayo de 2013 " *al no acreditar el cese efectivo en el desarrollo de la actividad profesional en base a la cual optó por ser incluido en el mencionado régimen especial* ", declarando las expresadas resoluciones administrativas ajustadas a Derecho.

Tercero. No hacemos imposición de las costas procesales causadas, ni en esta casación, ni en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Segundo Menendez Perez D<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella D. Jose Luis Requero Ibañez D. Jesus Cudero Blas D. Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas, estando celebrando la Sala audiencia pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENJES