



14
**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO nº 1**
Calle Sol 28
Santander
Teléfono: 942367323
Fax: 942367325
Modelo: TX901

Proc.: **PROCEDIMIENTO
ABREVIADO**

Nº: **0001**

NIG:

Materia: **OTROS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN NO INCLUIDOS EN LOS
APARTADOS ANTERIORES (SAN)**

Resolución:

Intervención: Demandante	Interviniente:	Procurador:	Abogado:
Ddo.admon.estado	TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL		LETRADO DEL INSS

SENTENCIA nº 000

En Santander, a de dos mil catorce.

Vistos por D. Juan Varea Orbea, Juez del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Santander los autos del procedimiento abreviado sobre Seguridad Social en el que intervienen como demandante, don , representado por el Procurador y como demandado la Tesorería General de la Seguridad Social, representada y defendida por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, dicto la presente resolución con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador presentó, en el nombre y representación indicados, demanda de recurso contencioso administrativo contra Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 27-1-2014 desestimatoria del recurso de alzada contra la Resolución de 20-11-2013.

SEGUNDO.- Admitida a trámite, se dio traslado al demandado, citándose a las partes, con todos los apercibimientos legales, a la celebración de la vista el día 8 de julio.

TERCERO.- El acto de la vista se celebró el día y hora señalados, con la asistencia del demandante y del demandado. La parte demanda formuló su contestación oponiéndose a la pretensión. A continuación, se fijó la cuantía del procedimiento en 2283,79 euros y se recibió el pleito a prueba. Tras ello, se practicó la prueba propuesta y admitida, esto es, la documental y la testifical. Practicada la prueba, se presentaron conclusiones orales, manteniendo el actor las pretensiones de la demanda, en tanto que, los



demandados reiteraron sus alegaciones iniciales y solicitaron la desestimación de la pretensión de la actora.

Terminado el acto del juicio, el pleito quedó visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor recurre la resolución que confirma la liquidación provisional por falta de alta y cotización en el RETA durante el periodo comprendido entre mayo de 2009 y mayo de 2013. Se alega que el actor es mutualista jubilado de [redacted] y conforme a la DA 15 Ley 30/1995 no tiene obligación de darse de alta en el RETA ni cotizar en ese régimen. La actividad profesional que sigue realizando es compatible con la pensión de jubilación que percibe y su régimen mutualista lo permite y no exige cotización adicional.

Frente a dicha pretensión se alza la Administración demandada defendiendo la legalidad de la resolución.

SEGUNDO.- Se impugna la resolución que confirme el acta de liquidación nº [redacted] de 21-6-2013 y acta coordinada de infracción de misma fecha por falta de alta y cotización en el RETA por el periodo indicado.

Las resoluciones impugnadas se fundan en las actuaciones de comprobación que llevan a la TGSS a considerar que en los periodos señalados, el actor ejercía por cuenta propia una actividad profesional mediante contratos de obras y servicios como arquitecto técnico, para TINSA. Así, considera que debió darse de alta en el RETA en tal periodo considerando infringidos los arts. 2 y 3 D 2530/1970, regulador del RETA y arts. 1 y 2 Orden de 24-9-1970 que lo desarrolla, los arts. 27.2, 32.3 y 47 RD 84/1996, arts. 12, 43 y 45 RD 2064/1995. Además los hechos, serían constitutivos de una infracción grave del art. 22.7 TRLISOS, imponiéndose la sanción en grado mínimo.

Desde el punto de vista fáctico, los hechos consignados en el acto y los que resultan de la documental no se discuten. El actor ha pertenecido a [redacted]

[redacted] como mutualista en el [redacted] y extinguió desde 1970 y alcanzó la condición de jubilado en 2007 percibiendo desde entonces una renta vitalicia que compagina con la pensión de jubilación del RGSS desde 2002. Además de eso, al menos desde 2009, fecha del acta, sigue realizando su actividad profesional colegiada. En su condición de mutualista jubilado no realiza ninguna cotización y percibe la renta teniendo derecho a la cobertura por fallecimiento y accidentes así como derechos políticos. Los Estatutos Generales de la mutua, en el art. 7.2 regulan el carácter alternativo al RETA de esta previsión exigiendo que el mutualista se afilie a alguno de los planes de previsión que regula en el reglamento de planes. Al parecer, según certificado doc. 2, el actor ha estado afiliado [redacted] en el art. 9 regula los supuestos de suspensión y baja, entre los cuales no se establece la jubilación. Es decir, la condición de jubilado no supone la baja en la mutua ni la pérdida de la condición de mutualista. Es más, el art. 11.2 regula los derechos de los perceptores de prestación de jubilación. El reglamento de



planes establece en su art. 1 que los planes de previsión tienen por objeto la protección de los asegurados, planes que define en el art. 4. Los arts. 7 y 8 regulan la afiliación a los planes o prestaciones y el alta en los mismos. Y el art. 11 regula la baja en los planes y, en su caso, en la mutualidad, de lo que se deduce que no son situaciones equiparables y consecuencia automática, la segunda de la primera. Entre las causas no se contempla la jubilación. Respecto de la obligación de cotizar, el art. 15 se remite a cada plan. Y, en cuanto a las prestaciones, el art. 19, como en todo sistema de aseguramiento liga el derecho a percibo a la realización de la contingencia cubierta, exigiendo estar de alta en el plan al tiempo de producirse. En este caso, no hay duda de que ha sido así pues el actor ha generado el derecho a la prestación de jubilación en la mutua. También ha de destacarse el art. 20.3 que regula la situación del mutualista jubilado en el percibo de beneficios, del que resulta con toda claridad que la jubilación no hace perder la condición de mutualista. Por último, en la regulación del (), el art. 49.2 exige a los mutualistas contratar obligatoriamente ciertas prestaciones y señala que, devengada la prestación de jubilación por este grupo se dejarán de satisfacer cuotas por el mismo. Esta prestación es compatible con la de fallecimiento y accidentes.

Partiendo de estos datos, las resoluciones impugnadas se fundamentan en la consideración de que el actor no cotiza y que en su situación en carece de las mismas coberturas que un trabajador no jubilado. Se sostiene que no basta con pertenecer a la Mutua sino que debe cotizar por algún plan de previsión. Se insiste en que nos sanciona por la realización de una actividad incompatible con la prestación pública de los arts. 25.1 y 26.1 TRLISOS sino por no darse de alta en el Régimen correspondiente y cotizar, conforme al art. 22.7 y defiende que la exención del deber de cotizar equivale a su exclusión en régimen de mutualidad ya que los riesgos cubiertos son distintos a los que se asumiría en activo. Al no estar de alta en un plan de previsión, su actividad debe dar lugar al encuadramiento en el RETA con deber de cotizar.

Frente a esto, el actor sostiene que sigue siendo mutualista y que su condición de jubilado no le hace perder tal condición. Que ese régimen el que permite compatibilizar el nuevo trabajo y no exige cotización y que la DA 15ª Ley 30/1995 configura ese régimen como alternativo excluyendo el deber de cotizar en el RETA. Este régimen no se ha visto alterado por la DA 37 Ley 27/2011 ni RD Ley 5/2013 sin que haya precepto alguno que diga que la situación de jubilado en la Mutua supone su exclusión de ese régimen privado imponiendo, por el ejercicio de la actividad, la obligación de darse de alta en el RETA. Insiste en la compatibilidad de la actividad con la pensión conforme al art. 16 Orden 18-1-1967 y según criterio de la DGSS en Consulta de 25-6-1999 y Oficio de 21-6-2013 en el cual se indica que el régimen de compatibilidad es el previo según criterio de la DGSS al no verse afectado el régimen por RD Ley 5/2013. Y esta interpretación vendría avalada por sentencia del juzgado nº 5 de Valencia de 28-4-2006 en supuesto muy similar, en el que se recurría una sanción por incompatibilidad de la prestación de jubilación y la actividad.



TERCERO.- Se suscita así, un problema eminentemente jurídico de interpretación del régimen normativo de los profesionales colegiados afiliados al un sistema de mutualidad alternativa. Y el problema interpretativo se agrava dada la parquedad de la regulación en la materia. La única norma aplicable de forma directa y que contempla el caso es la DA 15ª Ley 30/1995 y ello por cuanto, la Orden TIN/1362/2011 de 23 de mayo ha sido derogada tácitamente por la DA 37ª ley 27/2011 como ha entendido la Sala de la AN en varias sentencias que resolvían recursos contra tal norma. A ello se une el que, efectivamente, el RD Ley 5/2013 no altera el régimen de compatibilidad que surgiría del art. 16 Orden 18-1-1967, como señala la propia SS en el Oficio indicado de 2013. Realmente, este régimen normativo no se discute por las partes, régimen más bien destinado a regular una cuestión distinta a la aquí debatida, la compatibilidad entre la pensión de jubilación y la actividad profesional del colegiado. Esa compatibilidad ha sido reconocida sobre la base de la Orden de 1967 tanto por la doctrina como por la SS como la jurisprudencia. Sin embargo, el objeto de este pleito es otro. No se sanciona por la incompatibilidad sino que se procede a liquidar cuotas impagadas y sancionar por falta de alta del actor en el RETA. El objeto consiste en decidir si un mutualista de profesional colegiado que ha optado por esta mutualidad como alternativa al RETA y que se ha jubilado pero que continúa esa actividad colegiada sin cotizar ha de estar dado de alta en el RETA y cotizar por tal régimen. Es decir, se discute si el ejercicio de esa actividad (al margen de la compatibilidad) sin alta en RETA y sin cotizar es sancionable. Por tanto, es un problema diferente al de la compatibilidad si bien y como se verá muy relacionado con él.

Pues bien, la DA 15ª Ley 30/1995 dispone 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.

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 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.

2. Quedarán exentos de la obligación de alta prevista en el primer párrafo del apartado anterior los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, cuyos Colegios Profesionales no tuvieran establecida en tal fecha una Mutualidad de las amparadas en el apartado 2 del art. 1 del citado Reglamento de Entidades de Previsión Social, y que no hubieran sido incluidos antes de la citada fecha en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. No obstante, los interesados podrán voluntariamente optar, por una sola vez y durante 1999, por solicitar el alta en el mencionado Régimen Especial, la cual tendrá efectos desde el día primero del mes en que se formule la solicitud.

Los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 y estuvieran integrados en tal fecha en una Mutualidad de las mencionadas en el apartado anterior, deberán solicitar el alta en dicho Régimen Especial en caso de que decidan no permanecer incorporados en la misma en el momento en que se lleve a término la adaptación prevenida en el apartado 3 de la Disposición Transitoria Quinta de esta Ley. Si la citada adaptación hubiese tenido lugar antes del 1 de enero de 1999, mantendrá su validez la opción ejercitada por el interesado al amparo de lo establecido en la mencionada Disposición Transitoria.

3. En cualquiera de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, la inclusión en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos se llevará a cabo sin necesidad de mediar solicitud previa de los órganos superiores de representación de los respectivos Colegios Profesionales.”

CUARTO.- El sentido de esta regulación se analiza en las SSAN de 6-6-2012 que señalan que *“el régimen de incompatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo se recoge en la actualidad en el artículo 165.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que determina que 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.*

Que ese desarrollo reglamentario, en lo que se refiere al Régimen General, se contiene en 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, en cuyo artículo 16 se prevé que el



disfrute de la pensión de vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social previstos en los números 2 y 3 del artículo 10 de la Ley de la Seguridad Social; artículo 10.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social debe entenderse en el momento actual. Dicha incompatibilidad, conforme se precisa a continuación en el propio artículo, no impide que pueda desarrollarse el trabajo en cuestión, si bien mediando la previa solicitud del interesado, cuya ausencia puede implicar incurrir en responsabilidad y dar ocasión al reintegro del importe de pensión indebidamente percibido y a la imposición de la correspondiente sanción administrativa, y con los efectos que se detallan en el repetido artículo, entre ellos el de la suspensión del derecho a la pensión reconocida. Esta regulación viene a ser coincidente con la aplicable en los restantes regímenes especiales, en cuya normativa o bien se efectúa una remisión a lo establecido para el Régimen General o bien se procede a establecer un régimen jurídico semejante al previsto en aquella.

La aplicación en la práctica de esta normativa vino a suscitar ciertas dudas en relación con quienes, habiendo accedido al derecho a la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social, pretendían compatibilizar la percepción de tal pensión con el ejercicio de una profesión liberal, sin causar alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA) por haber optado por una mutualidad de previsión social, 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.

A tenor de dicha regulación, cabía llegar a la interpretación, como se hizo en vía administrativa, de que la actividad del profesional colegiado no daba necesariamente lugar a la inclusión de quien la llevara a cabo en el campo de aplicación de alguno de los regímenes de la Seguridad Social, lo que hubiera comportado la obligación de quedar encuadrado en el mismo; sino que la cuestión quedaba al albur del interesado y su derecho de optar libremente entre quedar en el campo de aplicación de uno (público) u otro (privado) mecanismo de protección.

El aludido criterio interpretativo, que pudo tener consistencia hasta el 31 de diciembre de 1998, cabe entender que debió perder validez a partir de la innovación producida con la nueva redacción operada de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, por el artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Tras dicha modificación, en el apartado 1 de la citada disposición se determina que los profesionales colegiados que ejercen su actividad por cuenta propia se entenderán incluidos en el campo de aplicación del RETA, lo que lleva aparejada la obligación de solicitar, en su caso, la afiliación y, en todos los supuestos, el alta en dicho régimen en los términos reglamentariamente establecidos. Esa obligación de alta en el



repetido régimen queda exonerada, no obstante, en aquellos casos en que el interesado opte por incorporarse alternativamente a la correspondiente mutualidad de previsión social, en la hipótesis de que exista tal mutualidad y que la misma reúna los requisitos que en la propia disposición se exigen para actuar como alternativa al RETA .

No obstante lo apuntado, parece necesario complementar las normas reglamentarias que desarrollan el principio legal de incompatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación de la Seguridad Social y el ejercicio de una actividad laboral por el pensionista, con el fin de disipar las dudas que se han venido originando en la práctica con relación al desarrollo de la actividad como profesional colegiado en los casos en que se ha producido la jubilación en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.

SEXO.- Con esta justificación, su artículo Único dispone:

"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".

La Disposición Transitoria Única, tras la corrección de errores publicada en el BOE de 4 de junio de 2011, establece que este régimen de incompatibilidad 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".

SÉPTIMO.- Tal y como se expone en el Preámbulo de la Orden, el artículo 165.1.LGSS, en relación con la Orden de 18 de enero de 1967, establecen el principio general de incompatibilidad entre el disfrute de la pensión contributiva de jubilación y el trabajo del pensionista, ya sea por cuenta propia o ajena, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General, o de alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, previstos (hoy) en el número 2 del art. 10 de la LGSS



EDL 1994/16443, cuyo apartado d) se refiere a los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

OCTAVO.- Por lo que se refiere a los colegiados en Colegios Profesionales, la Disposición Adicional 15ª de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, estableció que era obligatoria la afiliación a la Seguridad Social de aquellas personas que ejercieran una actividad por cuenta propia que se colegiaran en un Colegio Profesional cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). No obstante, se permitía que el cumplimiento de esta obligación se realizara, bien solicitando la afiliación y /o alta en el RETA o bien la incorporación a la Mutuality de Previsión que tuviera establecida el Colegio Profesional; constituyendo una decisión individual del trabajador optar por su incorporación al RETA o a la Mutuality de previsión correspondiente.

NOVENO.- Tras esta Ley surgió la duda de si los colegiados que optaran por incorporarse a la Mutuality de Previsión que tuviera establecida el Colegio Profesional, estaban afectados por la incompatibilidad establecida en el artículo 165 LGSS y artículo 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1967. Planteada consulta al respecto, la Dirección General de la Seguridad Social en resolución de 6 de noviembre de 1996, entendió que la incompatibilidad no surgía por la realización de cualquier actividad, sino por el hecho de que ésta determinara el encuadramiento en algún Régimen de la Seguridad Social, y que en los casos de incorporación a una Mutuality de previsión social no se producía una inclusión en el RETA, y por tanto, no había incompatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y ese trabajo por cuenta propia que determinaba la incorporación a una Mutuality.

DÉCIMO.- Posteriormente, el art. 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, da una nueva redacción a la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, estableciendo de manera clara que quienes ejercieran una actividad por cuenta propia, 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 entenderían incluidos en el campo de aplicación del mismo, debiendo solicitar, en su caso, la afiliación y, en todo caso, el alta en dicho Régimen.

Aunque se mantenía la exención de la obligación de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos para 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 fuera 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. Y si el



interesado, teniendo derecho, no optaba por incorporarse a la Mutualidad correspondiente, ya no podría ejercitar dicha opción con posterioridad.

No obstante, no se modificó el criterio interpretativo adoptado por la Resolución de 6 de noviembre de 1996.

Ahora, la Orden impugnada considera que dicho criterio habría perdido validez tras la citada modificación legislativa llevada a cabo por la Ley 50/1998, y establece que 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, 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.

Entiende, así, que tras la Ley 50/1998 el ejercicio de toda actividad por cuenta propia implica la inclusión en el ámbito de aplicación el RETA, y por tanto, la incompatibilidad rige, tanto si el profesional está dado de alta en el RETA, como si opta, de manera alternativa al alta en este régimen especial, por su incorporación a una Mutualidad de previsión.”

Por su parte la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de junio de 2004, con cita de otra de 25 de enero de 2000 (citadas en STSJ de la Rioja de 2-6-2009), estableció que “en lo que respecta a su relación con la Seguridad Social de los colegiados en los Colegios Profesionales, la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995 ...la nueva redacción dada a esta disposición adicional por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, además de circunscribir de manera más detallada los diversos supuestos de hecho, establece la obligación de solicitar, en su caso la afiliación y, en todo caso, el alta en el RETA de quienes ejerzan una actividad por cuenta propia cuando el colectivo profesional no estuviera ya integrado en él (apartado 1, párrafo 1).

La regulación que se ha reproducido supone dos cosas, la obligatoriedad de la afiliación a la Seguridad Social de los profesionales que se mencionan y, además, que se puede cumplimentar dicha obligación de dos distintas maneras: mediante la afiliación en el RETA o bien mediante la incorporación a la Mutualidad del Colegio Profesional correspondiente. En consonancia con la opción que se otorgaba a estos profesionales, la disposición transitoria quinta de la Ley 50/1998 preveía, en su apartado 3, tercer párrafo, hoy derogado, un plazo de cinco años para que dichos profesionales pertenecientes a un colectivo que no se hubiere integrado en el RETA, optasen por una u otra solución...Pues bien, una interpretación sistemática de la regulación mencionada debe partir de la previsión del



artículo 64 de la Ley, que estipula de manera taxativa el carácter voluntario y complementario de estas mutualidades de previsión de los Colegios Profesionales. Por consiguiente, la admisión de que las mutualidades de previsión operen como entidades alternativas que efectúa la disposición adicional decimoquinta no puede entenderse de forma contradictoria, sino adicional, a lo que prevé dicho precepto.

Esa necesaria interpretación integrativa implica, por lo pronto, que no puede concluirse de la referida disposición adicional (como tampoco de la originaria disposición transitoria quinta) ninguna incompatibilidad entre el alta en el RETA y la pertenencia a las referidas mutualidades. En efecto, en ella tan sólo se establece la posibilidad de que la obligatoriedad de alta en la seguridad social se cumpla de una u otra manera, con el alta en el RETA o con la pertenencia a la mutualidad profesional, pero nada respecto a que una y otra sean incompatibles, lo cual iría directamente en contra de la naturaleza complementaria de dichas mutualidades prevista en el artículo 64 de la propia Ley. En definitiva, como este Tribunal ya señaló en la Sentencia a la que nos referimos a continuación, la disposición adicional decimoquinta" (...) impone la obligación del alta en el RETA y acepta como sustitutoria de la misma la incorporación a la Mutualidad, sin ulteriores previsiones definidoras de incompatibilidad entre ambas posibilidades".

Esto fue ya claramente declarado por este Tribunal en la Sentencia alegada por los demandantes de 25 de enero de 2000...

Desde una interpretación histórica de dichos preceptos no se puede olvidar que cuando se dicta la Ley 30/95 lo que existía era una norma -el art. 3, apartado final del Decreto 2530/70, de 20 de agosto - que como excepción a la obligación genérica de que todo trabajador autónomo de afiliarse al Régimen Especial -RETA- disponía que.. Es esta norma que prohibía esa afiliación directa a dichos profesionales la que fue sustituida por la contraria, contenida en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1995...Y es a partir de la imposición de dicha obligación cuando la propia norma matiza tal previsión legal para recoger en la propia Disposición Adicional, a renglón seguido, que "Al objeto de dar cumplimiento a dicha obligación podrán optar por solicitar la afiliación y/o alta en dicho Régimen Especial o incorporarse a la Mutualidad que tenga establecida dicho Colegio Profesional", con todas las matizaciones posteriores establecidas en la Disposición Transitoria Quinta. Por lo tanto, desde la mera contemplación de esta evolución normativa lo que se deduce es que la Ley 30/95 sustituye una prohibición anteriormente existente, la de determinados profesionales de afiliarse al RETA, por la obligación de hacerlo, si bien esa obligación permite que se sustituya por la posibilidad opcional de incorporarse a la Mutualidad que tenga establecida dicho Colegio Profesional, si la tiene.

Desde una interpretación lógica y teleológica de la misma normativa se advierte como la finalidad de la Ley 30/95 en relación con esta cuestión,

era, como expresamente se contiene en la Disposición Adicional que contemplamos, y en el apartado 3 de la nueva redacción introducida por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, la de eliminar la exigencia de que la afiliación al RETA hubiera de ir precedida de un acuerdo de los órganos superiores de los Colegios... En este mismo sentido incide la nueva redacción dada a dicha Disposición Transitoria por el art. 33 de la Ley 50/1998... Con lo que impone la obligación del alta en el RETA y acepta como sustitutoria de la misma la incorporación a la Mutualidad, sin ulteriores previsiones definidoras de incompatibilidad entre ambas posibilidades.

4.- En definitiva, la normativa de 1995 y la posterior de 1998 está encaminada a conseguir 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 la obligación de hacerlo en dicho Régimen salvo que lo hicieran a una Mutualidad sustitutoria, y para ello les da, a los colegiados antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1995, entre los que se hallan los dos demandantes que obtuvieron las sentencias aquí contrastadas, la posibilidad de permanecer en la Mutualidad o darse de alta en el Régimen Especial; pero es una opción vinculada a la obligatoriedad de figurar necesariamente incorporados en uno u otro Régimen, sin que en ningún momento se haya dispuesto prohibición alguna de permanecer en ambos como la Tesorería sostiene. En ningún punto de tales disposiciones se aprecia que se considere incompatible la afiliación al RETA con la permanencia en la Mutualidad, sino que lo único que se prevé es la necesidad de figurar incorporado al uno o a la otra, sin que de ello pueda deducirse que impida que esa permanencia en los dos se dé.

La Ley 30/95, dispuso en conclusión la necesidad de cubrir un mínimo, y se conforma con la incorporación a una Mutualidad de Previsión cuando el interesado ha optado por ello en lugar de por el RETA, pero no dispone prohibición ni incompatibilidad entre ambas como de la mera literalidad del precepto pudiera desprenderse, como se ha dicho...

Lo expuesto en el anterior fundamento de derecho supone, en primer lugar, que el alta en el RETA por parte de aquellos profesionales que cumplan de esa forma con la preceptiva pertenencia a la seguridad social no les impide permanecer o darse de alta en la correspondiente mutualidad que respondería así a su naturaleza de aseguramiento privado, complementario y voluntario respecto a la pertenencia al RETA. En efecto, la posibilidad prevista en la disposición adicional decimoquinta de que las mutualidades de previsión puedan cumplir con la obligación de alta a la Seguridad Social de los profesionales contemplados en dicha disposición (como entidades alternativas, por tanto) no puede entenderse en forma contradictoria con la naturaleza voluntaria y complementaria establecida como regla general por el artículo 64 de la propia Ley. Esto quiere decir que los profesionales que se den de alta o permanezcan en la mutualidad correspondiente como forma



de cumplimentar la preceptiva pertenencia a la Seguridad Social, deben poder contratar además con dicha mutualidad las prestaciones que deseen como entidad complementaria sin incompatibilidad alguna de prestaciones. Esto es, que la pertenencia a una mutualidad como entidad alternativa no excluye la pertenencia a la misma como entidad complementaria, con la posibilidad de contratar con ella en este concepto las prestaciones que cada profesional desee y que el propio reglamento de la mutualidad permita. Esta relación será ya una relación de aseguramiento privado y sometida a la autonomía de la voluntad de ambas partes, y en ningún caso puede por vía reglamentaria establecerse una incompatibilidad entre las prestaciones que puedan contratarse de esta manera con las que deriven de su opción por la mutualidad como entidad alternativa, pues ello sería limitar la naturaleza complementaria de las mutualidades de previsión social en contra de lo establecido por el artículo 64 de la Ley 30/1995”.

QUINTO.- Pues bien, partiendo de estos antecedentes de la norma y de la interpretación de su sentido y finalidad, dadas por la jurisprudencia, se abordará el objeto del pleito. La posición de la SS se fundamenta en la consideración de que el actor, mutualista jubilado que continúa su actividad, al no cotizar conforme a un plan de previsión de esa mutua ya no está de alta en el mismo a pesar de seguir siendo mutualista. Parte de los principios generales del sistema de Seguridad Social para entender que una persona que realiza una actividad profesional, en este caso por cuenta propia, ha de cotizar a algún régimen y contar con unas coberturas de ese sistema. Dado que el actor no está cotizando se impone tal obligación mediante el encuadramiento en el único régimen posible, el RETA. Y se dice que es el único posible para imponer esa obligación de cotizar porque el régimen como mutualista, una vez jubilado, no exige cotización alguna.

Es claro que el régimen alternativo mutualista, de carácter privado, como todo sistema de aseguramiento, da derecho a una prestación una vez producido el evento determinante (la jubilación, aquí) y ello, en atención a una contraprestación del asegurado, el pago de la prima o la cotización, que ha existido, también en este caso. Una vez generado tal derecho a la prestación, ésta se concede al jubilarse el mutualista, siendo indiferente a la Mutua que siga o no realizando una actividad profesional, por cuanto, si no cotiza, no ofrecerá otras prestaciones distintas a las generadas previamente según el plan. Pero tal situación es la que no es indiferente a la TGSS al entender, en una perspectiva pública, que un trabajador en activo debe contar con unas coberturas mínimas y debe cotizar por ello. Y en este caso, las coberturas del jubilado que trabaja son diferentes a las del trabajador no jubilado e inferiores.

Este razonamiento no es absurdo y es coherente con los principios generales del sistema si bien, ha de reconocerse que también existen las excepciones a que apunta la parte actora en las cuales se permite a un jubilado continuar la actividad sin cotizar, conforme a la Ley 27/2011 o con otros condicionamientos en el RD Ley 5/2013. La TGSS entiende que en el caso de profesionales colegiados no basta con optar por el régimen de mutualidad



sino que la alternativa pasa por estar de alta y cotizar en un plan de previsión.

El problema surge porque la DA 15ª ya mencionada no establece esto. Se limita a establecer una opción para hacer efectiva la afiliación obligatoria bastando el encuadramiento en la mutualidad para "cubrir un mínimo, y se conforma con la incorporación a una Mutualidad de Previsión cuando el interesado ha optado por ello en lugar de por el RETA" como ha dicho el TS. Una vez hecha la opción, es el régimen mutualista el que establece las obligaciones y coberturas del asegurado. En este caso, el actor optó por ese régimen que excluye la obligación de darse de alta en el RETA y es claro que sigue siendo mutualista y percibe prestaciones que se enmarcan, todavía, en el plan de previsión del Grupo básico y que puede percibir las en el futuro. Y también resulta del Reglamento que no está de baja en ese plan conforme al art. 11 y que estaba de alta cuando se produjo la contingencia cubierta. Lo que sucede es que ese plan le dispensa unas coberturas sin necesidad de seguir cotizando. Ahora, el jubilado sigue su actividad, como siempre y tal actividad, como ha entendido la SS en las resoluciones ya citadas y aportadas por el actor, es compatible con la prestación pública de jubilación conforme al art. 16 de la Orden 18-1-1967 y, lo es, porque no da lugar al encuadramiento en el RETA, pues en otro caso, sería incompatible. Y no da lugar a ese encuadramiento porque la Da 15ª excluye de tal obligación cuando se opta, como ha sido el caso, por la mutualidad y nunca se ha optado por el RETA (a diferencia del supuesto, referido a un abogado, que contempla la STSJ de la Rioja antes mencionada).

La norma configura una alternativa, sin obligaciones adicionales ni condicionantes y con independencia del contenido y régimen de la previsión de la mutua. La TGSS lo que hace es excluir tal alternatividad cuando se dan unas circunstancias sobrevenidas, la jubilación del mutualista que mantiene la actividad y la falta de cotización por no exigirle la previsión contratada para las prestaciones que reconoce y que son en este caso, las de jubilación, fallecimiento y accidentes.

El problema que apunta la TGSS es la falta de cotización en esta situación pero la solución no puede ser el alta en el RETA porque lo excluye la DA 15ª. El criterio ha sido hasta ahora la compatibilidad entre la actividad profesional del mutualista jubilado adscrito a la mutualidad alternativa y lo ha sido porque, según las resoluciones de 21-6-2013 y 25-6-1999, tal actividad colegiada no da lugar a la inclusión en el RETA, por estar exento de la obligación. Y si la actividad era compatible por tal motivo indicado, no se puede exigir el alta en el RETA, algo contrario a esa compatibilidad. Y si no hay alta en el RETA, no hay obligación de cotizar en ese régimen. Y no basta ampararse en el D 2530/1970 como aplicable con carácter general, por cuanto la propia DA 15ª ya entiende que la situación de los profesionales colegiados es encuadrable en el RETA. Por tanto, es claro que tales profesionales cumplen los requisitos para el alta, lo que sucede es que se les da una alternativa para eludir lo que es una obligación legal. Y ejercida esa alternativa no se regulan excepciones ni matices ni causas de exclusión en el régimen elegido para aplicar la opción de alta en el régimen especial.



Finalmente se puede reflexionar en el sentido de que esta posición es la que parece haber mantenido hasta ahora la TGSS, admitiendo las compatibilidades sin necesidad de alta en el RETA y sin cotizar. Y no ha habido un cambio normativo o razón alguna que justifique otra solución, de modo que, ahora, se exija a los profesionales colegiados, mutualistas jubilados que siguen en su actividad, que se den de alta en el RETA y coticen conforme a este régimen.

Por ello, siendo el actor mutualista con la cobertura correspondiente del plan de prestaciones no hay norma que le obligue a darse de alta también en el RETA en contra de la alternatividad de la DA 15ª y, por ello, la demanda debe ser estimada.

SEXTO.-De conformidad con el art. 139 LJ, las costas se imponen a la parte demandada.

FALLO

SE ESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador , en nombre y representación de , contra la Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 27-1-2014 desestimatoria del recurso de alzada contra la Resolución de 20-11-2013 y, en consecuencia, **SE ANULAN** las mismas dejando sin efecto la sanción impuesta. Las costas se imponen a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciendo constar que la misma es firme y no cabe recurso alguno contra la misma.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha.