



En Castellón, a 26 de mayo de 2004

CONSULTA: Compatibilidad de la Prestación de Jubilación del RETA con la titularidad de negocio como empresario individual.

El artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 determina textualmente: *El disfrute de la pensión de vejez será compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad.*

Pero cabría aclarar el concepto "*Funciones inherentes a la titularidad del Negocio*", pues en principio se podría presumir que lo son todas. Para ello, la Tesorería General de la Seguridad Social, emitió la CIRCULAR 5-028, DE 14 DE OCTUBRE DE 1999, en la que se determina exactamente el alcance de este concepto y las circunstancias en las cuales la Prestación de Jubilación del RETA será compatible con la titularidad de un negocio. Así, en el tercer párrafo señala: *Entiende esta Dirección General que la única interpretación que cabe efectuar ante esta previsión es considerar que el disfrute de la pensión de jubilación sólo es compatible con aquellas funciones o actividades cuya realización por un tercero mediante **apoderamiento no sea posible o exigible** al interesado (...).*

A lo largo del texto se sigue precisando sobre el citado concepto, incluso se precisa sobre que funciones o actividades considera no son exigibles que realice un tercero mediante apoderamiento, pudiendo realizarlas el titular aun estando jubilado: *no es exigible al empresario individual ni a la persona física que controla una sociedad mercantil capitalista, o 'empresario de hecho', que apodere a sus colaboradores para realizar tales actos [comprar y vender inmuebles, enajenar establecimientos, liquidar o crear sucursales, o para vender o arrendar la propia empresa] para compatibilizar la pensión de jubilación con la titularidad del negocio, no sólo por cuanto constituiría un sacrificio y un riesgo excesivo que podría hacer peligrar su patrimonio, sino porque los actos de disposición que no sean necesarios para la gestión ordinaria difícilmente pueden considerarse 'per se' un 'trabajo' que obligue al alta en el Sistema de la Seguridad Social.*

En definitiva y recapitulando, en su caso, **existe la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación y la titularidad del negocio. Para esto debería dar poderes ante notario de los llamados generales, preferiblemente a una persona de total confianza que podrá cotizar en el Régimen General de la Seguridad Social (siempre que no sea familiar**

directo o no conviva en la unidad familiar). Desde ese momento, la apoderada podrá pasar a realizar todas aquellas funciones de gestión ordinaria de la empresa que el empresario no puede realizar por su condición de jubilado, a saber: **firmar contratos de trabajo o mercantiles, firmar nóminas y liquidaciones, firmar los seguros sociales, formalizar solicitudes de crédito, etc.** Mediante estos poderes generales, los únicos actos que el apoderado no podría realizar y el jubilado si, serían los que no constituyen actividad ordinaria de la empresa: alquiler o traspaso del negocio, venta de elementos asociados a la actividad empresarial, etc. Además, legalmente puede el jubilado dictar instrucciones directas a su apoderado y este deberá acatarlas, es decir, será el quien realice la gestión y las firmas oportunas pero si el empresario lo desea siguiendo sus instrucciones.

Queremos destacar la conveniencia de realizar este apoderamiento, si es que no está ya hecho, pues es un acto sencillo y de escaso coste económico que protegerá en caso de tener alguna Inspección de Trabajo que se detenga en la comprobación de quien firma los documentos contractuales y el resto señalados anteriormente en la empresa.

Finalmente consideramos conveniente adjuntar el texto íntegro de la Circular que hemos mencionado al principio del presente escrito.

CIRCULAR 5-028, DE 14 DE OCTUBRE DE 1999, DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SOBRE ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "FUNCIONES INHERENTES A LA TITULARIDAD DEL NEGOCIO", UTILIZADA EN EL ARTÍCULO 93.2 DE LA ORDEN DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1970, A EFECTOS DE LA COMPATIBILIDAD DEL EJERCICIO DE TALES FUNCIONES CON EL PERCIBO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS (I.L. 4904)

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, mediante escrito de fecha 13 de agosto de 1999 y en contestación a la consulta formulada por esta Tesorería General en relación con el asunto de referencia, ha determinado lo siguiente:

"... a la consulta de ese Servicio Común acerca del contenido de la expresión 'funciones inherentes a la titularidad del negocio', utilizada en el artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 para admitir la compatibilidad de la realización de dichas funciones con la pensión de jubilación reconocida por el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA), refiriéndose dicha consulta específicamente a la aplicación de dicho precepto en el ámbito de sociedades mercantiles capitalistas (trabajadores afectados por la disposición adicional vigésima séptima de la Ley General de la Seguridad Social), ... le significamos lo siguiente:

El citado artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 determina textualmente: 'El disfrute de la pensión de vejez será compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad'. Entiende esta Dirección General que la única interpretación que cabe efectuar ante esta previsión es considerar que el disfrute de la pensión de jubilación sólo es compatible con aquellas funciones o actividades cuya realización por un tercero mediante apoderamiento no sea posible o exigible al interesado y que, además, no sean constitutivas de un auténtico trabajo que dé lugar al

alta en el RETA, esto último siguiendo la interpretación del Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de septiembre de 1992.

Para delimitar las 'funciones inherentes a la titularidad' hemos de acudir a la normativa mercantil relativa a la actividad del empresario (comerciante en la terminología del Código de Comercio, C. de C.), aun cuando, como es sabido, ni todos los trabajadores autónomos se rigen por aquélla ni deben ser empresarios, pues no sólo la legislación mercantil sirve para clarificar la cuestión planteada, sino que, además, es aplicable en todo caso en los supuestos objeto de consulta.

En principio, el titular de un negocio puede realizar personalmente cualquier función conveniente o necesaria para la consecución de sus fines, es decir toda actividad de su negocio le es 'inherente', si bien lo habitual es que utilice, en mayor o menor medida, el concurso de otras personas, bien porque no pueda, bien porque no quiera actuar personalmente, pues la titularidad de un negocio o empresa no exige al empresario desarrollar una actividad empresarial directa y personalmente, sino que basta con que ésta se realice en su nombre, es decir, de tal forma que se le atribuyan las relaciones jurídicas con terceros que se generen y todos los derechos y obligaciones que se produzcan, asumiendo el titular el riesgo y ventura del negocio.

Pues bien, esa actuación a través de otras personas puede llegar incluso al otorgamiento de un poder general para administrar, dirigir y contratar sobre el establecimiento (artículo 283 del C. de C.) La persona que recibe ese poder es el llamado gerente o factor mercantil, que es un apoderado general (artículos 281, 282 y 292 del C. de C.) nombrado por el empresario, que posee facultades para administrar, dirigir y contratar sobre todo lo que constituye o forma parte del normal u ordinario giro o tráfico de la empresa. Incluso, cabe la posibilidad de que los poderes conferidos por el empresario sean aun más amplios que los indispensables para dicho giro o tráfico ordinario (artículos 283 y 286 del C. de C.), incluyendo, por ejemplo, el apoderamiento para comprar y vender inmuebles, enajenar establecimientos, liquidar o crear sucursales, o para vender o arrendar la propia empresa. Por el contrario, cabe también limitar el poder general del factor para realizar el giro o tráfico normal de la empresa, siempre que tal poder siga siendo general.

Esta figura mercantil del gerente o factor se denomina en el ámbito laboral 'personal de alta dirección' en el artículo 2.º 1.a) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, desarrollado por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, normas que determinan el carácter laboral especial de su relación con el empresario, sea ésta individual o social, caracterizándole por 'ejercitar poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad'.

No debe confundirse, visto lo anterior, al alto cargo o factor con el administrador de la sociedad mercantil, ya que este último es miembro del órgano de administración, esto es, parte de la sociedad misma, concretamente su órgano ejecutivo (siendo la junta general el órgano deliberante), al que le falta el vínculo jurídico de dependencia que caracteriza al factor, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 1994.

Tanto de la regulación mercantil del factor como de la laboral se desprende que puede desempeñar, previo apoderamiento, cualquier actividad 'inherente a la titularidad del negocio', sirviendo a los objetivos generales de la empresa como un 'alter ego' del empresario,

sea éste social o individual (con la salvedad que más adelante se dirá en relación con las sociedades mercantiles capitalistas).

La pregunta que esta regulación sugiere es, ¿a qué funciones se refiere entonces el artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, si todas las pretendidas funciones del empresario son inherentes a la titularidad del negocio pero también pueden realizarse por otra persona mediante apoderamiento?

Entiende al respecto esta Dirección General que el precepto se está refiriendo a los 'criterios e instrucciones directas' a que alude el artículo 1.º 2 del Real Decreto 1382/1985, antes citado o, lo que es lo mismo, al poder de orientar y fiscalizar la actuación de sus colaboradores, pero sin intervención directa en la gestión de la empresa, con las precisiones que a continuación hacemos.

La primera de ellas es la excepción, aludida anteriormente, que existe en el ámbito de sociedades mercantiles capitalistas en cuanto a la posibilidad de encomendar a un tercero cualquier función inherente a la titularidad de la empresa. Señalábamos que estas sociedades actúan en virtud de representación legal mediante dos órganos: la junta general, órgano deliberante, y el órgano de administración social, u órgano ejecutivo, que desenvuelven el papel propio del empresario. La Ley mercantil regula minuciosamente el reparto de funciones entre ambos órganos, interesándonos aquí exclusivamente las atribuidas a los administradores, por cuanto son las únicas que pueden constituir un trabajo que exija el alta de quien lo desempeña en la Seguridad Social.

Pues bien, si al empresario individual le es dado apoderar al factor para cualquier actividad inherente a la titularidad, comprendidas todas las funciones ejecutivas al más alto nivel de decisión, incluyendo poderes de disposición si así lo estima conveniente, en el caso del empresario social la Ley veta a los administradores – facultados, en principio, para realizar desde el más sencillo acto de administración hasta el más importante de disposición, según reiteradísima jurisprudencia– la posibilidad de apoderar a personas ajenas al órgano de administración para realizar determinadas funciones, como es la convocatoria de juntas generales (artículo 94 de la LSA y artículo 45.1 de la LSRL); informar a los accionistas (artículo 112 de la LSA y artículo 51 de la LSRL); formular y firmar las cuentas anuales y redactar el informe de gestión (artículo 171 de la LSA y artículo 84 de la LSRL) o depositar las cuentas en el Registro Mercantil (artículo 218 de la LSA y artículo 84 de la LSRL).

Por consiguiente, cuando por asimilación el 'titular' del artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 sea un administrador que posee el control de la sociedad, en los términos del apartado 1 de la disposición adicional vigésima séptima de la Ley General de la Seguridad Social, y éste acceda a una pensión de jubilación, habrá que entender incluidas las mencionadas facultades 'indelegables', junto a la orientación y control de los apoderados, dentro de aquellas inherentes a la titularidad del negocio que el citado artículo le permite compatibilizar con dicha pensión.

La segunda precisión a que nos referíamos anteriormente es que si bien, al margen de las funciones expuestas, cualquier empresario, individual o social, puede apoderar a un tercero para el ejercicio no sólo de la administración y gestión ordinaria de su empresa, sino también para actividades que van más allá de aquélla, como son los actos de disposición no necesarios para la gestión ordinaria, no es exigible al empresario individual ni a la persona física que controla una sociedad mercantil capitalista, o 'empresario de hecho', que apodere a sus colaboradores para realizar tales actos para

compatibilizar la pensión de jubilación con la titularidad del negocio, no sólo por cuanto constituiría un sacrificio y un riesgo excesivo que podría hacer peligrar su patrimonio, sino porque los actos de disposición que no sean necesarios para la gestión ordinaria difícilmente pueden considerarse 'per se' un 'trabajo' que obligue al alta en el Sistema de la Seguridad Social.

Recapitulando todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que las 'funciones inherentes a la titularidad del negocio de que se trate', a que se refiere el artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, comprenden exclusivamente dictar instrucciones directas y criterios de actuación a las personas que tienen encomendada la gestión y administración de la empresa, así como los actos de disposición que no sean necesarios para efectuar aquéllas. Además, cuando ese 'titular' se asimile a un administrador con control sobre la sociedad en los términos de la disposición adicional vigésima séptima de la Ley General de la Seguridad Social, las 'funciones inherentes a la titularidad' incluirán también aquellas actividades que por Ley no pueden encomendarse a personas ajenas al órgano de administración.

Fuera de lo anterior, es decir, todo lo que suponga gestión, administración y dirección ordinaria de la empresa debe reputarse actividad incompatible con la pensión de jubilación del RETA, tanto para el empresario individual como para el empresario 'de hecho' de una sociedad mercantil capitalista, pues dará lugar al alta en el Sistema de la Seguridad Social -RETA-, pudiéndose citar, a título de ejemplo, la firma de contratos en general, de Convenios colectivos, solicitudes de crédito, representación en juicio y fuera de él de la empresa, firma de avales y cuantos actos jurídicos requiera la gestión y administración ordinaria reiteradamente aludida".