

## ***Dies a quo* para la reclamación de lo indebidamente percibido por compatibilizar jubilación y condición de socio**

**Lourdes López Cumbre**

*Professor of Employment and Social Security Law, Universidad de Cantabria*

*Academic Counsel, Gómez-Acebo & Pombo*

---

*Aunque las reglas de compatibilidad entre la pensión de jubilación y la actividad laboral comienzan a flexibilizarse, lo cierto es que aún se mantiene la regla de la incompatibilidad. Cuando ésta se detecta, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, responsable de la concesión y el pago de la correspondiente pensión, efectúa dos actuaciones: la primera, sancionar al trabajador que incumple la norma; la segunda, solicitar, en su caso, la cantidad indebidamente percibida.*

1. El artículo 213 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) establece la regla general de incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista salvo que legal o reglamentariamente se disponga lo contrario. En las últimas reformas se han ido introduciendo rasgos de flexibilización de esta norma permitiendo, en algunas ocasiones, el trabajo a tiempo parcial del jubilado, la realización de trabajos por cuenta propia con ingresos no superiores al salario mínimo interprofesional en cómputo anual o, entre otras situaciones, la compatibilidad con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia cuando se percibe la jubilación con un porcentaje íntegro del cien por cien de la base reguladora (arts. 213 y 214 LGSS, respectivamente y entre otros).

Al margen de estos supuestos, la incompatibilidad suele prevalecer y en una reciente decisión del Tribunal Supremo, en concreto en su Sentencia de 16 de febrero del 2016 (Ar. 770), la Sala de lo Social ha abordado esta materia. Y lo ha hecho no tanto desde la perspectiva de la procedencia o no de la compatibilidad, sino analizando una cuestión de sumo interés por sus efectos económicos para los afectados. Se

trata de establecer el *dies a quo* de la reclamación de la cantidad indebidamente percibida por parte de la entidad gestora.

En el litigio, el beneficiario de la pensión de jubilación había compatibilizado la pensión con su condición de socio de una sociedad laboral, con una participación del 51 % y siendo administrador único de aquella hasta su sustitución por otro administrador. La empresa había sido inicialmente sociedad anónima y después se había transformado en sociedad limitada, por lo que el citado beneficiario había figurado de alta en el régimen general de la Seguridad Social (RGSS) por cuenta de aquella durante un tiempo y después había pasado a ser autónomo con alta en el régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA). El Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó una resolución en la que lo consideraba autor de una falta grave, lo sancionaba con la pérdida de la pensión de jubilación durante tres meses y acordaba iniciar el procedimiento para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas entre la obtención de la pensión y su sustitución como administrador, siempre por el periodo no prescrito. La

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

resolución administrativa tomó como referencia la fecha del acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social constatando el alta en el régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos del beneficiario. Las cantidades indebidamente percibidas por jubilación ascendían a 115 327,51 euros y se ofreció al infractor la posibilidad de amortizar la deuda en un solo pago o descontando de su pensión de jubilación de 2173,06 euros la cantidad de 1648 euros mensuales hasta la amortización total de la deuda.

2. El tribunal no analiza la compatibilidad de la jubilación con las actividades inherentes a la titularidad del negocio por tratarse de una cuestión nueva, no planteada ni en instancia ni en suplicación. «Constituye jurisprudencia constante que la alegación de una cuestión nueva es incompatible con el carácter extraordinario que tiene el recurso de casación, y, concretamente, en la esfera del recurso de casación para la unificación de doctrina» (STS de 20 de enero del 2011, Ar. 662, FJ 3).

Tampoco concurre, por lo demás, el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias alegado por el actor, pues, mientras que en el supuesto enjuiciado por la sentencia recurrida el actor desarrolla una actividad habitual que origina su alta en el régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, en la de contraste solamente se constata que el pensionista se halla manipulando una máquina en el momento de la visita inspectora y de ello deduce la Sala de suplicación que no ha quedado probada la habitualidad, al tratarse de una actuación puntual.

3. Mayor interés concentra la fecha de inicio para el cómputo del plazo de prescripción a efectos del reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. En este caso, sí: las sentencias comparadas ante situaciones y pretensiones similares alcanzan pronunciamientos divergentes y, así, mientras que en la sentencia referencial el *dies a quo* se computa desde la fecha en que el Instituto Nacional de la Seguridad Social fija formalmente la cantidad debida a la Seguridad Social, en la recurrida se tiene en cuenta la fecha del acta levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en

la que se constató la infracción para determinar el *dies a quo* del cómputo del plazo de cuatro años de prescripción de la acción nacida del artículo 55.3 de la Ley General de la Seguridad Social (antiguo art. 45.3 LGSS al que hace referencia la sentencia que se analiza). En virtud de éste, la obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cuatro años, contados a partir de la fecha de su cobro o desde que fue posible ejercer la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la entidad gestora (art. 55.3 LGSS).

En interpretación de la referida regla de prescripción tratándose de prestaciones de pago periódico —puesto que en las de pago único la regla es clara por cuanto el día inicial es el de la fecha de su cobro—, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo había venido declarando, en un clásico pronunciamiento —cuando el plazo de prescripción era de cinco años y se interrelacionaba jurisprudencialmente con la buena fe para reducirlo a tres meses—, la necesidad de moderar los efectos temporales de la revisión mediante la consideración de un conjunto «abierto» de factores que se ponderaban entonces «en sus efectos temporales para que éstos» no produjeran «perjuicios difícilmente reparables en la esfera del beneficiario y que hubieran sido fácilmente superables si desde el principio el organismo gestor hubiera actuado de acuerdo con la información disponible o la que pudo obtener utilizando los elementos normales de gestión» (STS de 24 de septiembre de 1996, Ar. 6855, FJ 3). En este afán de aplicar el plazo corto de prescripción de tres meses en un supuesto de retraso manifiesto de la entidad gestora en la reclamación del reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas se razonaba que «una deficiente información de la entidad gestora no puede dispensar a nadie de la aplicación de la norma, pero también [es cierto] el que ese factor en este caso, junto con los que se han descrito, conduce a la convicción de que el beneficiario obró de buena fe» (STS de 22 de mayo del 2000, Ar. 5515, FJ 3). Tal solución no habría procedido si no hubiera existido demora significativa por parte de la entidad gestora,

pues de lo que se trataba era de constatar «un retraso comprobado, manifiesto y significativo» (STS de 28 de septiembre de 1999, Ar. 7868, FJ 2).

4. Ahora la Sala entiende que esta doctrina jurisprudencial ya no es aplicable. Estima que, desde que el artículo 55.3 de la Ley General de la Seguridad Social (antiguo art. 45.3 LGSS al que se refiere la sentencia) fue reformado en 1997 (Ley 66/1997, de 30 de diciembre, BOE de 31 de diciembre), el legislador ha dejado expresamente constancia, como se ha expuesto, de que «[...] con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la entidad gestora», deberá aplicarse siempre el plazo de prescripción de cuatro años. Por lo tanto, ya no cabe aplicar el plazo corto de tres meses, a juicio del tribunal.

Por otra parte, y por analogía con lo que acontece cuando es el beneficiario el que reclama el abono de una prestación periódica (puesto que «el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento», según el artículo 54.2 de la Ley General de la Seguridad Social), procede considerar que, cuando sea la entidad gestora la que inste el reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas, el derecho al reintegro de cada mensualidad prescribirá a los cuatro años de su respectivo abono indebido. Esto significa que, si la reclamación se efectúa desde el mismo momento en que haya sido «posible ejercitar la acción para exigir su devolución» (*ex art.* 55.3 LGSS), podrá reclamarse, en su caso, la devolución de las cantidades percibidas en los cuatro últimos años, «pero si, por la causa que fuere, la entidad gestora, a pesar de que podía haber ejercitado el derecho al reintegro con anterioridad (en el caso enjuiciado, por ejemplo, desde la fecha del acta de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social), dilata el ejercicio de la correspondiente

acción, la prescripción correrá en su contra y únicamente podrá reclamar retroactivamente las mensualidades abonadas indebidamente en los cuatro años anteriores al día en que al beneficiario se le notifique el inicio del expediente de reintegro» (STS de 16 de febrero del 2016, Ar. 770, FJ 3).

Es cierto que, con carácter general, el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercerse (art. 1969 CC). Pero también lo es que, si la acción no es ejercida por el legitimado cuando pudo ejercerse, continuarán prescribiendo las sucesivas mensualidades no reclamadas pues, como también señala el Código Civil (CC) en su artículo 1973, la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

### Conclusión

En este caso, es la fecha en que se emite el acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el momento en que la entidad gestora conoce la actuación antijurídica del beneficiario y, por tanto, la fecha en la que fue posible ejercer la acción para exigir su devolución, *ex artículo* 55.3 de la Ley General de la Seguridad Social, por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Pero éste dejó pasar un año hasta proceder de ese modo, por lo que, si bien el plazo de prescripción de cuatro años del citado precepto comenzó a correr en la fecha de emisión de la referida acta, al demorarse la reclamación efectiva hasta el día en que al beneficiario se le notifica el comienzo del expediente de reintegro, ésta y no otra será la fecha que constituya el *dies a quo* para la reclamación de lo adeudado por cobro indebido de la pensión de jubilación.