

EL IMPARABLE CAMINO HACÍA LA *FLEXI* JUBILACIÓN O LA COMPATIBILIDAD PLENA ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM

PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESS)

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE MURCIA

MAGISTRADO (SUPL.) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

“El sentido verdadero de la revolución es la igualdad, la distribución más igual de los bienes de este mundo. Que los nuevos gobiernos o las nuevas clases llegadas al poder sólo pueden sostenerse haciendo todo lo que les sea posible en este sentido”

Alexis de TOCQUEVILLE¹

A primeros de este año 2016 podíamos encontrar en los medios de comunicación noticias como esta “... *El conflicto de las pensiones sacude la literatura española. El Ministerio de Empleo reclama la pensión a autores jubilados que siguen publicando. Decenas de creadores son inspeccionados*”². La noticia no quedó aquí sino que incluso llevó a que el Defensor del Pueblo abriera actuaciones (Queja número 15009913), a instancia de “La Plataforma Seguir Creando” para conocer las razones por las que se estaban llevando a cabo la suspensión de la pensión de jubilación por trabajos literarios, el requerimiento de devolución de prestaciones consideradas como indebidas y sanciones por infracciones sociales. La actuación concluyó en unas recomendaciones, de fecha 11-8-2016, dirigidas al Ministerio de Empleo y Seguridad Social con el siguiente tenor:

“1. Estudiar la aprobación de modificaciones legislativas que permitan declarar compatible el cobro de las pensiones públicas del régimen de la Seguridad Social con la percepción de derechos de autor por creaciones u obras nuevas realizadas a partir de la jubilación.

2. Mientras lo anterior no pueda realizarse, efectuar una interpretación normativa, en atención al interés cultural de esta labor, que permita la continuidad de la

¹ TOCQUEVILLE, A.: *Fragmentos en favor de una política social* (1847), Anexo a la obra de TOCQUEVILLE, A.: *El Antiguo Régimen y la Revolución*, edición y estudio preliminar, “El pensamiento sociopolítico de Tocqueville: igualdad de condiciones y justicia social” (pp. IX-LXXVI), Granada, Ed. Comares, 2016, pág. 264.

² http://cultura.elpais.com/cultura/2016/01/21/actualidad/1453404951_724842.html.

actividad creadora de los autores pensionistas de modo que no sufran menoscabo en sus respectivos niveles de renta por el hecho de crear.

3. Revisar los requisitos del artículo 214 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre pensión de jubilación y envejecimiento activo, para permitir el acceso a la jubilación activa al mayor número de ciudadanos que pretendan prolongar su vida laboral.

4. Promover, en coordinación con los restantes departamentos competentes, la elaboración de un Estatuto del Artista y del Creador, que aborde la protección integral y las necesidades específicas de este grupo social.

Agradeciendo su preceptiva respuesta, en el plazo no superior a un mes a que hace referencia el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el sentido de si se acepta o no la recomendación formulada, así como, en caso negativo, las razones que se estimen para su no aceptación”.

Si recordásemos brevemente como se ha venido articulando la pensión a la jubilación desde los inicios del sistema podríamos ver las siguientes singularidades. Tanto el primer Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social de 1966³, como los Textos Refundidos de 1974⁴, 1994⁵ y el actual de 2015⁶ dedicaban el primer precepto del capítulo que normaba la vejez o jubilación –según su rúbrica– al “*concepto de jubilación*”⁷ si bien ningún nada de ello se recogía allí, se limitaban a decirnos que prestación se iba a percibir en caso de jubilación. No obstante, del examen del articulado, que dedican a señalar quiénes podían ser beneficiarios se podía deducir fácilmente un concepto de esta situación, que podría ser el siguiente: la jubilación es el cese voluntario en el trabajo al el cumplimiento de una determinada edad. Siendo entonces sus notas delimitadoras: a) un cese en el trabajo; b) que se produce de forma voluntaria; y c) al cumplimiento de una determinada edad.

En los inicios del sistema las excepciones a esos requisitos eran mínimas y cuasi calificables de excepcionales. Unas se limitaban a permitir anticipar la edad ordinaria de la pensión a muy concretos supuestos: a la posibilidad prevista en el extinto régimen del Mutualismo Laboral de poder anticipar la edad de jubilación para los mutualistas de dicho régimen⁸; o bien por ser beneficiarios de coeficientes reductores de la edad por pertenecer a grupos o realizar actividades profesionales de carácter excepcionalmente penoso, tóxico, peligroso o insalubre. Junto a esta excepción a la edad mínima se permitirá, en situaciones muy excepcionales, salvar el requisito o condición de cese en el trabajo, que sólo quedará normado –expresamente– para los trabajadores por cuenta ajena agrícolas y en unas condiciones de trabajo muy marginales. Y ninguna excepción habrá para la nota de voluntariedad.

No obstante, poco a poco estos elementos caracterizadores de la jubilación irán desdibujándose perdiendo su virtualidad. Sin ánimo de ser exhaustivo podrían recordarse las

³ Decreto 907/1966, de 21 abril.

⁴ Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

⁵ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

⁶ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre.

⁷ Art. 149 LSS/1966; Art. 153 LGSS/1974; Art. 160 LGSS/1994; y Art. 204 LGSS/2015.

⁸ DT.2ª LSS/1966; DT.2ª LGSS/1974; DT. 1ª LGSS/1994; y DT.1ª LGSS/2015.

sucesivas y continuas excepciones que se irán incorporando a su régimen jurídico: a) Desde la conocida Disp. Adic. 5ª del Estatuto de los Trabajadores de 1980 que permitirá fijar una edad de jubilación obligatoria –con determinados requisitos–; hasta llegar a reconocer implícitamente que un trabajador, se puede ver abocado necesariamente a pedir la pensión de jubilación, como es la denominada “*jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador*” (art. 207 LGSS); b) las sucesivas reformas que irán permitiendo distintas posibilidades de anticipar la edad mínima de acceso a la jubilación; y c) finalmente la generalización de múltiples formas de permitir total o parcialmente percibir la pensión de jubilación y seguir trabajando (jubilación parcial, flexible, activa, etcétera).

Se podría pensar que hemos llegado a una situación actual en la que difícilmente se puede predicar como notas delimitadoras de la jubilación, el cese en el trabajo, su voluntariedad y la exigencia de una edad mínima. Y ciertamente no falta razón. Y nos viene a la memoria aquella brillante lección inaugural del curso académico 2001/2002 en la Universidad de Granada del maestro Vida Soria, que llevaba un título lúcido *¿Qué fue eso de la Seguridad Social?*⁹ Y es que ciertamente estamos ante un proceso de cambios cualitativos que en no poco podría permitir hablar de una “des-construcción” del modelo legal preexistente de Seguridad Social.

Podríamos también preguntarnos *¿cómo se ha llegado a esta situación? o ¿cuáles han sido sus causas?* La respuesta podría darse acudiendo a los tópicos habituales que todos conocen. Pero puede que realmente (o, al menos, así se suele presentar) nuestro legislador se haya visto abocado a ello por múltiples razones y quizás cabría detenerse en una que se considera básica, su errático actuar favoreciendo a partir de los años 1980 y siguientes ceses anticipados, prejubilaciones, jubilaciones anticipadas, jubilaciones parciales y luego querer volver atrás sobre sus erróneas y poco meditadas decisiones poniendo trabas y endureciendo el acceso a esas modalidades de jubilación que en algún momento se pensó que iban a favorecer el empleo...

Desde 1980 las reformas legislativas que han afectado al régimen jurídico de la pensión de jubilación han ido dirigidas:

-Limitar las posibilidades de acceso: a) elevación del período mínimo de cotización necesario para lucrar la pensión, en 1985¹⁰ se pasará de 10 a 15 años mínimo; b) supresión del cómputo de días cuota al objeto de determinar la cobertura del período mínimo de cotización¹¹; c) endurecimiento de las condiciones de acceso a la jubilación parcial¹²; d) endurecimiento del acceso a la jubilación anticipada y penalización de su uso¹³; y d) elevación de la edad mínima de acceso, entre otras¹⁴.

⁹ Publicada en la *Revista Actualidad Laboral*, n.º 2 (2001), págs. 377-392.

¹⁰ Ley 26/1985, 31 julio.

¹¹ Ley 40/2007, de 4 diciembre.

¹² Ley 40/2007, de 4 diciembre.

¹³ Ley 40/2007, 4 diciembre y Ley 27/2011, de 1 de agosto.

¹⁴ Ley 27/2011, de 1 agosto.

-Reducir su cuantía: a) En 1983 se “toparán” las pensiones¹⁵, medida que se presentó como coyuntural, pero que, sin embargo, ha quedado plenamente instaurada en el sistema, y que no deja de ser controvertida; b) En 1985 se pasara de tomar como referencia de cálculo un período de 24 bases de cotización a un período de 96 mensualidades y con las últimas reformas cuando alcancen su plena vigencia llegaremos a 300 bases de cotización¹⁶; c) cambios en la determinación del porcentaje a la baja sin permitir que las fracciones de días o meses se tomen como años completos o elevando el número de años necesario para alcanzar el 100 por cien de la base reguladora que pasará de 35 a 37 años¹⁷; d) el establecimiento de un instrumento reductor de la cuantía inicial de la pensión de jubilación como es la aplicación del factor de sostenibilidad¹⁸; y d) un índice de revalorización de pensiones desvinculado del índice de precios al consumo (IPC)¹⁹.

Si a ello se une la preocupación por la falta o disminución del número de cotizantes, y el interés por nuevas incorporaciones o por mantener la de aquellos que se encuentran en activo, se podrá convenir el interés en retrasar el acceso a la condición de pensionista o bien el seguir manteniéndolo vinculado. El fin es doble, menor importe en las cuantías de las pensiones y por otro lado mantenimiento, aunque sea parcial, de los ingresos. Estas son, entre otras, la “razones” aducidas por las que en los últimos años han venido proliferando las medidas que permiten trabajar y percibir pensión de jubilación.

Con independencia de que se pueda considerar un parche y una traba a la incorporación de nuevos trabajadores al mercado de trabajo y por tanto al Sistema de Seguridad Social, lo cierto es que al menos, se permite una salida legal a esas personas que o bien quieren o lo precisan mantenerse en el mercado laboral.

Es pronto quizás para hacer una valoración de las últimas reformas que han posibilitado o “legalizado” lo que ya se venía haciendo en la experiencia jurídica, pero todavía quedan muchos aspectos a matizar o a reconsiderar como antes. Recuérdense esas situaciones conflictivas que algunos colectivos están o han planteado. Por ejemplo, el tema de la compatibilidad no resuelta de colectivos de profesionales con mutualidades alternativas a la Seguridad Social está ahí (el caso más conocido sería el de los abogados); el de la jubilación y el mantenimiento de la titularidad de un negocio y ejercicio de funciones inherentes a la misma; o el que ha motivado la recomendación del Defensor del Pueblo al principio señalada, en el que nos centraremos

Tras la reforma introducida por el RD-Ley 5/2013 parece que la colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social se ha activado en relación con determinados colectivos en orden a controlar el correcto cumplimiento de la obligaciones e incompatibilidades que todo pensionista de jubilación tiene respecto al ejercicio de actividades durante el percibo de la prestación social pública. Continuando con la noticia con la que abríamos esta editorial La noticia continuaba y sigue diciendo “*el conflicto llevó ayer al PSOE a presentar en el Congreso una*

¹⁵ Ley 44/1983, de 28 diciembre.

¹⁶ Ley 26/1985, de 31 julio y Ley 27/2011, de 1 de agosto.

¹⁷ RD 1716/2012, 28 diciembre.

¹⁸ Ley 23/2013, de 23 diciembre y art. 211 LGSS.

¹⁹ Ley 23/2013, de 23 diciembre y art.58 LGSS.

proposición no de ley para que sea compatible cobrar la pensión con cualquier actividad creativa. “Los autores representan una situación excepcional”, explican fuentes socialistas. “Nuestro objetivo es desarrollar una ley del artista y del creador, no sólo para resolver este conflicto, sino para solucionar el problema de la creación en España de una vez”. Pero el conflicto no solo alcanza a los escritores sino también a músicos, pintores, fotógrafos, etc.; en realidad no solo aquellos que siguen realizando su actividad sino también aquellos que continúan percibiendo tras la jubilación derechos de autor. Por otro lado no solo alcanza esta actuación inspectora del Ministerio de Empleo y Seguridad Social a los denominados “creadores” sino también a funcionarios jubilados que prosiguen tras el acceso a la jubilación, publicando artículos, libros, impartiendo cursos, conferencias, etc.

En realidad, el supuesto conflicto que parece que se nos presenta como generalizado y con un futuro apocalíptico “...un daño de proporciones incalculables al desarrollo intelectual de nuestro país, impidiendo que nuestro autores puedan seguir aportando en una etapa de su vida en la que el grado de madurez, experiencia y sabiduría puede ser volcado en mejorar una sociedad cada vez más necesitada de peso intelectual”²⁰ hay que situarlo en sus justos términos. Todo está en función de cómo se desarrolle esa actividad tras el acceso a la pensión de jubilación. Si la actividad se mantiene en similares condiciones de profesionalidad que en su momento llevaron a su inclusión en el sistema de Seguridad Social²¹, resulta obvio como ocurre con cualquier otro pensionista, que tendrá que sujetarse a las condiciones generales y por tanto, o bien se pide la suspensión de la pensión y se continúa desarrollando con normalidad esa actividad creativa; o se acoge alguna de las múltiples formas en las que se permite percibir simultáneamente pensión con ingresos por actividades, como son la jubilación parcial, la jubilación flexible, la jubilación activa o bien simplemente desarrollando la misma pero no superando determinado volumen de ingresos (arts. 213 a 215 LGSS). No se entendería una diferencia de trato respecto de otros trabajadores también jubilados por muy creativo o sabio que nos pueda parecer y por sus futuras aportaciones al saber o al conocimiento. Piénsese en la pérdida que también puede suponer la sociedad la jubilación de un ebanista, un escultor, un cocinero, un cirujano, etc.; y a nadie se le ocurre pedir que se le declare exento de la aplicación de la ley.

Cosa distinta a lo anterior es como trata o debería de tratarse determinadas actividades que se puedan proseguir tras el acceso a la jubilación y si son o no merecedoras de considerarlas incompatibles. Sin ánimo de ser exhaustivo, nos podemos encontrar con las siguientes: a) Derechos de autor; b) Publicaciones esporádicas; c) Cursos, conferencias, seminarios y similares; d) Premios literarios, artísticos o científicos

1. LOS DERECHOS DE AUTOR

Los derechos de autor suponen –en términos generales– una cantidad de dinero que el autor de una obra artística o, literaria o científica percibe como participación en los beneficios que produce su difusión, publicación o reproducción. Ingresos que en algunas

²⁰ Noticia publicada en el diario El País en 23-1-2016. La noticia completa se puede leer en la siguiente dirección: El País http://cultura.elpais.com/cultura/2016/01/22/actualidad/1453484477_281268.html.

²¹ Bien como trabajador por cuenta ajena en el Régimen General o en el RETA si la actividad era desarrollada por cuenta propia. También y para la continuación de actividad de los funcionarios públicos con posterioridad a su cese o en los residuales regímenes de funcionarios públicos, de la administración de justicia o militares.

ocasiones se perciben una parte como anticipo a cuenta de los futuros derechos o bien periódicamente. El problema es si, por ejemplo, un libro publicado antes de la jubilación que sigue generando derechos de autor tras la misma debe ser considerado como ingresos compatibles o incompatibles con la pensión de jubilación. En el terreno fiscal esos rendimientos se consideran prestaciones de servicios afectos a IVA; y rentas de trabajo a efectos de IRPF (si el autor ha cedido los derechos de explotación y no ordenan los medios de producción propios ni tampoco los recursos humanos)²²; o bien renta de actividad profesional a efectos de IRPF (para el caso de que cedan los derechos de explotación y ordenen los medios de producción y en su caso los recursos humanos). Si se asumen los criterios fiscales y se trasladan al ámbito de la Seguridad Social el jubilado que sigue percibiendo derechos de autor tendrá que tener en cuenta que los mismos podrán colisionar con el disfrute libre de su pensión de jubilación y se podrán ver afectados por las incompatibilidades previstas en los arts. 213-215 de la LGSS. No parece que este debería de ser el criterio a tomar en cuenta por varias razones, a saber:

-El art. 213.1 de la LGSS/2015 declara incompatible el disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista. Y aquí no hay trabajo, si no que se están percibiendo unos rendimientos por un trabajo que se hizo antes de estar jubilado. Recuérdese por lo demás, que un escritor profesional, cuando está en activo cotiza por una base tarifada, luego no se puede pensar que habría un perjuicio para la Seguridad Social, ya que está percibiendo lo que se debía y el pensionista ahora está recibiendo su pensión calculada conforme a su cotización.

-La previsión de compatibilidad de la pensión de jubilación con trabajos por cuenta propia con el límite SMI (art. 213.4 LGSS), no afectaría para nada a lo que aquí se ventila, ya que no hay trabajo efectivo alguno.

-Y por otro lado podría llevar al absurdo de que una persona tuviera que renunciar a los futuros derechos de autor si quiere jubilarse so pena de negociar una venta definitiva –con una posible pérdida de ganancias futuras– de los mismos momentos antes de jubilarse.

2. PUBLICACIONES ESPORÁDICAS

Una publicación, una colaboración esporádica, podría pensarse que no llevaría consigo su afectación a la pensión de jubilación, por falta de las notas de habitualidad que en el caso de los trabajadores por cuenta propia se predica para su inclusión en el RETA (art. 305.1 LGSS)²³. También podría pensarse que se vería afectada por el límite establecido en el art. 213.4 LGSS y por tanto en tanto en cuanto no supere el límite de SMI sería perfectamente compatible. No obstante aquí queda en el aire si la incompatibilidad debería de predicarse del aspecto cualitativo o del cuantitativo. Es decir una única publicación podría

²² V. art. 17 y 46 RD-Ley 1/1996, de 12 abril. V. Resolución de la DGT núm. 1296/2005, de 30 junio; y Resolución DGT núm. 2221/2008, de 25 noviembre.

²³ El D. 3262/1970, de 29 de octubre, por el que se estableció y reguló el Régimen de la Seguridad Social de los Escritores de Libros, en su art. Segundo. Dos, en relación con la profesionalidad exigida para su alta en el mismo, exigía que se publicaran cinco libros distintos como mínimo o bien haber percibido de una o varias empresas editoriales españolas en concepto de liquidación de derechos de autor o en el de premio una suma no inferior a 50.000 pesetas.

suponer la incompatibilidad, múltiples publicaciones podrían ser compatibles, todo dependería de los ingresos que percibiera el pensionista.

3. CURSOS, CONFERENCIAS, JORNADAS, ETC.

La situación es bastante similar, todo dependerá de cómo se articulen los mismos si estamos ante una actividad organizada y dirigida por el propio pensionista estaremos ante el ejercicio de una actividad económica y por tanto habrá que ver si quedaría encuadrable dentro de la obligación de mantener o cursar un alta en el RETA (art. 305.1 LGSS) y en este caso procedería la suspensión de abono de la pensión de jubilación; o bien a tenor de los ingresos quedaría dentro de los topes del art. 213.4 LGSS y por tanto compatible con el disfrute simultáneo de la pensión. Algo similar podría decirse si estamos ante una actividad por cuenta ajena y en cuyo caso habría que determinar si el sujeto debería de estar o permanecer en alta en el R. General (art. 136.1 LGSS) o bien a tenor de los ingresos estaría dentro del *umbral* tolerable del art. 213.4 LGSS y por tanto los ingresos por tal trabajo no tendrían incidencia en la pensión de jubilación.

Y aquí la reflexión es la misma que se ha indicado anteriormente, una única participación en un curso, jornada o conferencia podría dar lugar, por la cantidad percibida, a la aplicación de la incompatibilidad prevista en el apartado 4 del art. 213 LGSS, conclusión que en principio parecería excesiva.

4. PREMIOS LITERARIOS, ARTÍSTICOS O CIENTÍFICOS

Desde el punto de vista fiscal se distinguen aquellos premios que están exentos de tributación, de aquellos que no la tienen y se consideran rentas irregulares²⁴. La consideración de estar exentos o no viene determinada por la declaración en tal sentido por la Agencia Estatal Administración Tributaria a través del procedimiento previsto en el la OHA/3525/2008, de 20 noviembre. Parece lógico pensar que si el premio está exento de tributación cualquiera que sea su importe no llevaría consigo en ningún caso la aplicación de regla o causa alguna de incompatibilidad. Si bien surge una duda *¿qué ocurre respecto a su explotación?* Es decir, si se originan posteriormente derechos de autor con su publicación. Y aquí tendríamos que volver a las mismas consideraciones antes indicadas.

Volviendo a las recomendaciones que sugiere el Defensor del Pueblo, algunas observaciones habría que señalar sobre ellas:

-Respecto a declarar compatible las pensiones públicas con la percepción de derechos de autor por creaciones u obras nuevas a partir de la jubilación. Se está con ello diciendo que el autor puede seguir realizando la misma actividad que ya realizaba cuando no era pensionista, ¿dónde está entonces el cese en la actividad? Elemento configurador de la pensión de jubilación y que da lugar a una situación de necesidad de pérdida de rentas.

-Respecto a que mientras que no se lleve a cabo las reformas legislativas que la entidad gestora haga una interpretación normativa en razón al interés cultural de esta labor,

²⁴ Vid. arts. 3 y 7 LIRPF y 25.1 Reglamento de la Ley IRPF.

de modo que no sufra el autor un menoscabo en sus respectivos niveles de renta por el hecho de crear. Se le está diciendo a la entidad gestora que se olvide de la legalidad y la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Cuando alguien se jubila, normalmente, sufre una pérdida de rentas que la pensión no repara plenamente, pero no se olvide que a ella se llega por voluntad del interesado. Y que la actividad creadora no solo es predicable de los autores, salvo que se entienda que ellos por ser quienes son deban de tener un trato singular.

-Que hay que revisar el régimen de compatibilidades con el trabajo previsto en el art. 214 LGSS. Aquí se podría coincidir y es cierto que las severas condiciones que norma para poder compatibilizar la pensión con el trabajo y que en muchas ocasiones el trabajo tras la pensión no es buscando sino necesitado por las escasas cuantías de las pensiones.

El problema del que no se quiere hablar es que el admitir percibir la pensión de jubilación y seguir trabajando es admitir la realidad, que en muchas ocasiones es una necesidad y que, hay que seguir trabajando para junto con la pensión mantener un nivel de rentas similar al que se tiene en activo. La cuestión es que si se admite sin más la compatibilidad la pensión de jubilación con el trabajo, esta dejar de ser tal y la convertimos en un ahorro de futuro. Y de ahí, a un sistema de planes de pensiones hay muy poca distancia. Con ello no tiene mucho sentido de hablar de contingencia, situación de necesidad, ...; y llegaremos entonces a plantearnos *¿Qué fue eso de la Seguridad Social?*