

Requisitos de Acceso a la Pensión de Jubilación Activa* Comentario a la STS, Social, de 30 de mayo de 2017, rcud. 2268/2015

Requirements for Access to the Active Retirement Pension Comment to the STS, Social, of May 30th 2017

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Resumen

El reajuste en la reforma de las pensiones ocurrido en 2013 introdujo una nueva modalidad de jubilación que permite compatibilizar el cobro del cincuenta por ciento de la pensión, causada en un régimen de Seguridad Social en el Régimen de Clases Pasivas, con el desempeño de cualquier actividad, por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo completo o parcial, en el sector privado. El disfrute de esta modalidad de jubilación se somete legalmente al cumplimiento de una serie de condiciones y requisitos que, pese al escaso tiempo transcurrido desde su implantación, han suscitado una no desdeñable litigiosidad. Así ha ocurrido, en particular, con el requisito de tener derecho a una pensión equivalente al 100 por 100 de la base reguladora, sobre el que recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo de forma algo problemática, tal como se evidencia en este trabajo.

Palabras clave

jubilación; pensión; Seguridad Social; compatibilidad entre trabajo y pensión

Abstract

The readjustment in the pension reform occurred in 2013 has introduced a new modality of retirement which allows to combine payment of 50% of the pension, caused by a Social Security regime in the Passive Classes System, with the performance of any activity, self-employment, full or part-time, in the private sector.

The enjoyment of this kind of retirement in lawfully submitted to the duty of a series of conditions and requirements that, despite the scant passing of time since its establishment, have caused a non-desirable litigiousness. That is what has happened, particularly, with the requirement of having the right to a pension that is equivalent to the one hundred per cent of the regulatory basis, in relation to which the Supreme Court have recently sentenced in a slightly problematic way, as it is shown in this work.

Keywords

retirement; pension; Social Security; compatibility between work and pension

1. LA IRRUPCIÓN DE LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

El Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, vino a regular la llamada “jubilación activa”, de la que actualmente se ocupan el artículo 214 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), y el artículo 33 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas,

* Este comentario se enmarca en los resultados del proyecto de investigación DER 2016-76557-R, “El futuro del sistema español de protección social. Análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad (V): salud, familia y bienestar”, perteneciente al Programa Estatal de I+D+i orientada a los Retos de la Sociedad.

aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (TRLCP). Anunciada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social¹, y recomendada por el Consejo de Europa², con la misma se amplían las posibilidades –cada vez más numerosas y heterogéneas– de compatibilidad entre el disfrute de la pensión de jubilación (en su modalidad contributiva) y la realización de un trabajo por el pensionista, como excepción al principio general –cada vez menos general– de incompatibilidad entre pensión y trabajo contenido en el artículo 213.1 TRLGSS y en el 16.1 de la Orden de 18 enero 1967, siempre que concurren unas condiciones determinadas.

En nuestro ordenamiento, la compatibilidad entre trabajo lucrativo y jubilación ha sido tradicionalmente algo excepcional. Así, hasta el año 2001, solo se contemplaba en los casos de jubilación parcial. Pero ese año, de la mano del Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible [luego sustituido por la Ley 35/2002, de 12 julio y desarrollado por el RD 1132/2002, de 31 de octubre], se introdujo una nueva posibilidad al permitir compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial, condicionado a que, durante dicha situación, se minorara el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable. El supuesto es el inverso al de la jubilación parcial, porque mientras que en esta se accede a la jubilación desde la situación de activo, en la jubilación gradual y flexible se abre la posibilidad a quien ya está jubilado y cobrando una pensión de regresar a la vida laboral activa de forma parcial, reduciéndose el importe de la pensión en el porcentaje de jornada a realizar. Posteriormente, la Ley 27/2011 dio un paso más al permitir la compatibilidad entre la pensión de jubilación (sin reducción en su importe) y la realización de un trabajo por cuenta propia cuyos ingresos totales no superen el importe del SMI en cómputo anual, sin que esta actividad genere obligación de cotizar a la Seguridad Social ni otorgue derecho a futuras prestaciones (art. 165.4 LGSS, actual art. 213.4 TRLGSS). Esa misma ley otorgó carta de naturaleza a la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación con el ejercicio de la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados en alta en una mutualidad alternativa o exentos de causar alta en el RETA, rehabilitando el criterio anterior a la aprobación de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, como mecanismo dirigido a incentivar la prolongación de la vida laboral de este colectivo. Con el RD-Ley 5/2013, se ha producido el último avance en esta materia, al abrirse la posibilidad de que el pensionista trabaje sin vincular el importe a percibir en concepto de pensión de lo que perciba trabajando a tiempo parcial, pues se le permite trabajar sin límites en cuanto a jornada y retribución. Ahora bien, a cambio de poder trabajar sin límite de dedicación e ingresos, se le impone una reducción del 50% –valor absoluto– en el importe de la pensión, así como ciertas obligaciones en materia de cotización.

¹ La disposición adicional 37ª de la Ley 27/2011 anunciaba la futura regulación legal de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo lucrativo, en los siguientes términos: “El Gobierno presentará un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. Mientras no se produzca esta regulación, se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo”.

² Recomendación 2ª del Consejo Europeo de 10 de julio de 2012.

En realidad, todas estas situaciones de compatibilidad entre el cobro de la pensión de jubilación y la realización de una actividad lucrativa pueden conceptuarse como supuestos de envejecimiento activo. En la jubilación activa regulada por el artículo 214 TRLGSS, que se configura como una jubilación flexible “especial”³, lo destacable es que el trabajo compatible con la pensión puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial (sin un mínimo y un máximo de jornada, aunque lo normal es que se firmen contratos a tiempo parcial con jornada próxima a la completa para no perder poder adquisitivo), por cuenta ajena o por cuenta propia, y debe realizarse en el sector privado, habida cuenta de la prohibición legal de compatibilizar el percibo de la pensión de jubilación contributiva con el ejercicio de un cargo, profesión o actividad en el sector público que establecen los apartados 2 y 3 del artículo 213 TRLGSS (con la salvedad relativa a los profesores de universidad y personal licenciado sanitario eméritos). Expresamente dispone el artículo 214.7 TRLGSS que “Las previsiones de este artículo no serán aplicables en los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que será incompatible con la percepción de la pensión de jubilación”.

La principal diferencia entre esta nueva modalidad de compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo a título lucrativo y los supuestos previstos en los artículos 213 (jubilación flexible ordinaria, compatibilidad de pensión de jubilación con trabajo por cuenta propia exonerado de la obligación de cotizar) y 215 TRLGSS (jubilación parcial, anticipada o no), que se remontan a antes de 2013, reside en el grado de la dedicación del jubilado al trabajo compatible y en que la minoración en el importe de la pensión no es proporcional al trabajo realizado⁴. Mientras que en las modalidades anteriores el trabajo por cuenta ajena del jubilado ha de ser parcial, y el del autónomo –al que, por el momento, el concepto de parcialidad le es extraño⁵– debe reportar escasa rentabilidad, ahora resulta indiferente, tanto que la actividad realizada sea a tiempo completo o a tiempo parcial, como cuál sea el montante de los ingresos obtenidos con dicha actividad. Por vez primera en nuestro Derecho, el trabajo (asalariado) a tiempo completo del jubilado no determina la suspensión de la

³ VIVERO SERRANO, J.B., “La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento activo”, *Documentación Laboral*, núm. 103, 2015, p. 127.

⁴ LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Dinámica de la pensión de jubilación y nuevo régimen de compatibilidad con el desarrollo de una actividad”, en VV.AA., *La reforma de la pensión de jubilación*, Valencia, tirant lo blanch, 2014, p. 179.

⁵ La ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, modificó en su día la Ley 20/2007, del Estatuto del trabajo autónomo, contemplando la posibilidad de llevar a cabo la actividad autónoma o por cuenta propia a tiempo completo o a tiempo parcial, con efectos desde el 1 de enero de 2014. Sin embargo, la entrada en vigor de esta modificación se fue aplazando en sucesivas leyes de presupuestos, la última vez por Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, que estableció su entrada en vigor el 1 de enero del 2017, lo que efectivamente ocurrió, al menos formalmente, al no ser objeto de nuevo aplazamiento antes de esa fecha. Sin embargo, la Disposición Final 17ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, ha retrasado hasta el 1 de enero de 2019 la regulación del trabajo autónomo a tiempo parcial, y ha modificado el artículo 25 de la LETA para eliminar del mismo la mención a la aplicación supletoria de lo establecido para los trabajadores a tiempo parcial.

pensión a la que se tiene derecho (art. 16 OM de 18 enero 1967) sino una reducción de su cuantía⁶.

Los objetivos de este nuevo supuesto de compatibilidad, declarados en la Exposición de Motivos, apartado III, del RD-Ley 5/2013, son tres: 1º favorecer el alargamiento de la vida laboral activa, más allá de la edad legal de jubilación; 2º reforzar la sostenibilidad del sistema; y, 3º aprovechar los conocimientos y la experiencia de los trabajadores jubilados. Y sigue diciendo: “Esta posibilidad, muy restringida en el ordenamiento español hasta la fecha, es habitual en las legislaciones de países del entorno. Se permite así que aquellos trabajadores que han accedido a la jubilación al alcanzar la edad legal, y que cuentan con largas carreras de cotización, puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50 % de la pensión, con unas obligaciones de cotización social limitadas”.

Para la aplicación de dicha compatibilidad se requieren dos condiciones (art. 214.1 TRLGSS):

a) Que el acceso a la pensión haya tenido lugar una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación que en cada caso resulte de aplicación según el artículo 205 y la disposición transitoria séptima del TRLGSS, sin que a tales efectos se admitan las jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado (p. ej., en casos de discapacidad o realización de trabajos penosos o peligrosos). De modo que la jubilación activa puede solicitarse justo al cumplirse la edad ordinaria de jubilación o después de haber cumplido ésta, siendo incompatible con cualquier modalidad de jubilación anticipada. Esto es, el derecho de compatibilidad previsto en el artículo 214 TRLGSS sólo se contempla para las jubilaciones ordinarias, sin que se haya extendido a las jubilaciones anticipadas, y siempre y cuando que concurren el resto de condiciones o requisitos que la norma ha fijado, lo que implica que ni siquiera todas las personas que por edad ordinaria cesan en su actividad profesional puedan ser acreedoras de la jubilación activa (no podrán hacerlo sin no alcanzan el 100% de la base reguladora) por lo que tampoco se puede invocar una vulneración del principio de igualdad⁷.

Aunque administrativamente se ha mantenido que no puede acceder a la jubilación activa quien ha disfrutado previamente de una jubilación parcial anticipada, aunque la empresa haya contratado a un relevista y el jubilado parcial acceda posteriormente a la jubilación plena con un 100% de la pensión cuando cumpla la edad ordinaria de acceso⁸, judicialmente se ha mantenido la solución contraria, toda vez que “no hay norma alguna en virtud de la cual en caso de jubilación parcial tras acreditar el requisito de edad exigido, no se pueda acceder a la jubilación activa una vez cumplida la edad exigida. El percibo de la pensión de jubilación parcial y la edad a la que se haya accedido a ésta no son datos decisivos e impeditivos del reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria a los efectos de compatibilizarla con el trabajo, sólo lo son las circunstancias concurrentes en el momento de la solicitud de esta última”, por lo que si en dicho momento el solicitante de la pensión de

⁶ Véase RODRÍGUEZ PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. Y CASAS BAAMONDE, M^a. E., “La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, mayo 2013, p. 10.

⁷ STSJ Madrid de 7 octubre 2015, rec. 252/2015.

⁸ Criterio Administrativo INSS 2014/3.

jubilación activa acredita los requisitos exigidos por la norma (actualmente, art. 214.2 TRLGSS) tendrá derecho a ella⁹. En cambio, se ha declarado, para un trabajador del Régimen Especial del Mar, cuya jubilación se produjo antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación por aplicación de coeficientes reductores de edad, que no puede acogerse posteriormente a la jubilación activa tras cumplir la edad ordinaria de jubilación¹⁰.

b) Que el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada alcance el 100 por 100, es decir, que se tenga derecho a la pensión íntegra o máxima que corresponda, lo que supone que el requisito debe reunirse en el momento inicial de reconocer la pensión de la jubilación, sin que puedan tenerse en cuenta los trabajos y las cotizaciones posteriores a la jubilación para de ese modo reducir coeficientes reductores y/o incrementar el porcentaje de la pensión hasta alcanzar el 100 por 100¹¹. El espíritu de la norma es favorecer a los trabajadores con unos periodos de cotización extensos que quieren seguir prestando servicios, sin que el hecho de que se lucren dos pensiones permita acceder a la jubilación activa cuando en ninguna de ellas se llega al 100%¹².

Aunque no está expresamente previsto en el artículo 214 TRLGSS, es requisito imprescindible que el pensionista solicite a la entidad gestora la compatibilidad del 50% de la pensión con las rentas derivadas del trabajo o de la actividad profesional que se propone desarrollar; de no hacerlo y comenzar a trabajar sin comunicarlo a la Seguridad Social, se le reclamará el reintegro del 100% de la pensión indebidamente percibida¹³, sin perjuicio de que la compatibilidad sea efectiva con una retroacción máxima de tres meses contados, no desde la fecha en cumplió todos los requisitos para acceder a la jubilación activa, sino desde la fecha de la solicitud¹⁴.

En tales condiciones, la pensión de jubilación compatible con el trabajo se sujeta a las siguientes reglas (art. 214, apartados 2 a 7, TRLGSS):

-La cuantía será equivalente al 50 por 100 del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista.

No obstante, la Proposición de Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, cuya tramitación tiene lugar en las Cortes Generales en la fecha que se escriben estas líneas, incorpora en su disposición final quinta la modificación de los apartados 2 y 5 del art. 214 LGSS para establecer que, si la actividad compatible con la pensión se realiza por cuenta

⁹ STSJ Asturias de 30 marzo 2017, rec. 211/2017.

¹⁰ STSJ País Vasco de 15 marzo 2016, rec. 301/2016.

¹¹ RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Jubilación activa", en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad Social con Trabajo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 404.

¹² STSJ Canarias (Las Palmas) de 18 diciembre 2015, rec. 1051/2015.

¹³ STSJ Asturias de 13 noviembre 2015, rec. 2103/2015.

¹⁴ STSJ Cataluña de 6 febrero 2017, rec. 6427/2016.

propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará el 100 por 100.

-La pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social, aunque en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por 100.

-El pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima (complemento a mínimos) durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con el trabajo.

-Finalizada la relación laboral por cuenta ajena o producido el cese en la actividad por cuenta propia, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación.

-El beneficiario que compatibilice pensión y trabajo seguirá teniendo la consideración de pensionista a todos los efectos.

-El trabajo compatible con la pensión de jubilación puede ser por cuenta propia (más allá de lo ya admitido por el artículo 213.4 TRLGSS) o por cuenta ajena a tiempo completo o parcial. En este caso, dada la mayor ventaja que la contratación de jubilados puede tener para las empresas por su reducido coste en términos de cotización, y para evitar la tentación de sustitución de trabajadores ordinarios por pensionistas que deciden regresar al mercado de trabajo, las empresas en las que se compatibilice la prestación de servicios con el cobro de pensión de jubilación deben cumplir dos requisitos: no haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores a dicha compatibilidad (en relación con puestos de trabajo del mismo grupo profesional), y mantener el nivel de empleo existente antes de la compatibilidad (tomando como referencia el promedio de trabajadores en alta en el periodo de 90 días anteriores), aunque ello no impide la toma de decisiones de extinción objetiva procedente, despido disciplinario procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente del trabajador, extinción del tiempo convenido o realización de la obra o servicio contratados. En principio,

Aunque el hecho causante de la pensión de jubilación es el cese en el trabajo por cumplimiento de una determinada edad (art. 204 TRLGSS), administrativamente se ha interpretado que puede producirse la compatibilidad introducida por el RDL 5/2013 sin exigirse el cese efectivo del trabajador en el trabajo por cuenta ajena o en la actividad por cuenta propia que viniera desarrollando¹⁵. Este criterio ha sido confirmado judicialmente; así,

¹⁵ El Oficio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 de octubre de 2013, en respuesta a una consulta efectuada por la Subdirección General de Gestión de Prestaciones del INSS, sostiene que “una interpretación sistemática y finalista del Real Decreto Ley 5/2013” en relación con lo establecido en los arts. 160 LGSS, 1 de la Orden de 18 de enero de 1967 y 90 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, permite entender que “la compatibilidad entre el disfrute de la pensión de jubilación y el trabajo puede producirse sin solución de continuidad, es decir, sin que se produzca un cese del trabajador en la empresa para la que se presta servicios o en la actividad desarrollada por cuenta propia, en la medida en que la producción de esa compatibilidad sin solución de continuidad se corresponde con el espíritu y la finalidad del Real Decreto Ley 5/2013 y no se opone a lo dispuesto en los citados artículos (...), por cuanto lo en estos establecido en su literalidad no puede ser de aplicación al supuesto ahora sobrevenido”. De acuerdo con el citado Oficio, “la solicitud de compatibilidad de la pensión con el trabajo por cuenta ajena o con la actividad por cuenta propia (...)

la STSJ Castilla y León (Burgos), de 7 mayo 2017 (rec. 260/2017) entiende que la regulación del RDL 5/2013 sobre jubilación activa permite compatibilizar el disfrute de la pensión de jubilación contributiva con la realización de “cualquier tipo de trabajo” por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, “sin exigir, por tanto, que se trate de una actividad diferente a la que le permitió causar la prestación de jubilación”¹⁶. Lo que la norma que regula esta modalidad especial de jubilación activa establece es un régimen de compatibilidad de la prestación con la actividad por cuenta propia o ajena, a partir del momento en que esta comienza a desarrollarse, que puede ser o no coetánea con el de acceso a la jubilación ordinaria¹⁷. En caso de pluriactividad, con cotización suficiente en el Régimen General para causar derecho a pensión del 100 por 100 en dicho régimen, no tiene sentido exigir al trabajador su baja en el régimen especial para acogerse a la jubilación activa en el general, con posibilidad de solicitar de nuevo su alta en aquél una vez reconocida la misma, “situación que evidentemente no es la que recoge la norma, ni tampoco que tuviera que acudir al cómputo recíproco de cotizaciones para el cálculo de la pensión, cuando se tenían suficientes en aquel por el que se solicita para alcanzar el 100%”¹⁸.

A los notarios, por su condición de funcionarios públicos, les resulta de plena aplicación el régimen de incompatibilidades entre pensión de jubilación y desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, delimitado en el párrafo 1.1 de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, puesto que en su artículo 2 esta ley establece la incompatibilidad para el personal que desempeña funciones públicas y percibe retribución por arancel, por lo que no es aplicable al colectivo notarial la regla de compatibilidad entre jubilación y trabajo prevista en el RDL 5/2013, y ello, independientemente de que hubieran sido integrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por el Real Decreto 1505/2003, de 28 de noviembre, pues tal inclusión, a los efectos del régimen de cobertura, no permite la compatibilidad pretendida¹⁹.

Los empleados públicos encuadrados en el Régimen de Clases Pasivas también pueden acogerse a esta variante especial de jubilación flexible, conforme a su normativa específica. De este modo, la pensión de jubilación o retiro que por cumplimiento de edad hayan causado en dicho régimen especial será compatible con la realización de un trabajo

cabe considerarla como elemento determinante de la fecha del hecho causante de la pensión, en el Régimen General de la Seguridad Social, y como elemento de referencia en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (...), en la medida en que favorece el ejercicio de la compatibilidad y el fomento del envejecimiento activo evitando los trámites administrativos de la baja y el alta”. Críticamente con la legalidad de esta disposición administrativa, en tanto que podría estar realizando algo más que una mera interpretación de la norma legal, se ha pronunciado MERCADER UGUINA, J.R., “¿Puede producirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo sin cesar el trabajador en su actividad?: El RDL 5/2013 y el valor interpretativo del Oficio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 de octubre de 2013”, *Anuario Laboral*, Lex Nova, 2015, p. 1012. En las pp. 1013-1020 de esta publicación se reproduce el texto del referido Oficio.

¹⁶ En el mismo sentido, STSJ País Vasco de 8 julio 2014, rec. 1107/2014.

¹⁷ STSJ La Rioja de 30 junio 2016, rec. 134/2016.

¹⁸ STSJ Castilla y León (Valladolid) de 22 octubre 2015, rec. 1266/2015. En el mismo sentido, STSJ País Vasco de 6 octubre 2015, rec. 1565/2015, reconociendo el derecho a la pensión por compatibilidad con un trabajo por cuenta propia en el que ya estaba dado de alta, con una retroactividad de tres meses contados desde la solicitud.

¹⁹ STSJ Andalucía/Málaga, de 11 junio 2015, rec. 578/2015. Un análisis de esta sentencia en PÉREZ DEL REY, J., “Incompatibilidad de la función notarial con la jubilación activa. STSJ Andalucía, Málaga, de 11 de junio de 2015 (AS 2015, 2003)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, 2016, pp. 331-337.

por cuenta ajena o por cuenta propia, fuera del sector público, conservando la mitad de la pensión, siempre que la edad de acceso a la pensión de jubilación sea, al menos, la establecida como edad de jubilación forzosa para el correspondiente colectivo de funcionarios públicos, y el porcentaje aplicable al haber regulador a efectos de determinar la cuantía de la pensión alcance el cien por cien. Ahora bien, se excluyen de este régimen de compatibilidad los funcionarios públicos con pensión de jubilación causada antes del 1 de enero de 2009, cuyo régimen de compatibilidad era y continuará siendo más generoso, toda vez que a estos pensionistas se les permite compatibilizar la pensión de jubilación con la realización de cualquier actividad de carácter privado, sin ningún tipo de limitación²⁰.

Durante la realización de esta modalidad de trabajo compatible con la pensión de jubilación se aplican reglas especiales en materia de cotización, contenidas en el artículo 153 del TRLGSS: a) los empresarios y los trabajadores cotizarán a la Seguridad Social únicamente por incapacidad temporal y (las empresas) por contingencias profesionales, según la normativa reguladora del régimen del sistema de la Seguridad Social correspondiente; b) se aplicará una cotización especial de solidaridad del 8 por 100, no computable para futuras prestaciones, que en los regímenes de trabajadores por cuenta ajena se distribuirá entre empresario y trabajador (el 6% para el empresario y el 2% para el trabajador). No resulta de aplicación, aunque el jubilado activo tenga 65 o más años, la exoneración prevista en el artículo 152 TRLGSS.

De forma harto discutible se ha interpretado que la prestación por incapacidad temporal es incompatible con el percibo de la pensión de jubilación activa [cuando la obligación de cotizar por incapacidad temporal prevista en el artículo 153 TRLGSS sugiere precisamente lo contrario], haciéndose prevalecer lo establecido en el artículo 174 TRLGSS que contempla entre las causas de extinción del subsidio por IT el reconocimiento de la pensión de jubilación, sin excepcionar modalidad alguna²¹. Contradictoriamente con esta postura, se ha admitido que las cotizaciones anteriores al reconocimiento de la pensión de jubilación activa computen para integrar el período de carencia necesario para tener derecho al subsidio por IT, pues “la finalidad del subsidio por incapacidad temporal no es otra que la de suplir los ingresos que el trabajador, por causa de su baja, no puede percibir; lo que forzosamente implica que las cotizaciones computadas para el reconocimiento de la pensión de jubilación activa de ningún modo se agotaron en lo que respecta a completar la carencia precisa para el reconocimiento de subsidio por situación de incapacidad temporal aparecida con posterioridad”²², con lo que paladinamente se está reconociendo que la pensión de jubilación activa es compatible con el percibo del subsidio por incapacidad temporal para el desempeño del trabajo compatible con la pensión.

La cotización de solidaridad se entiende como una aportación al sistema sin contraprestación, de modo que una vez terminada la jubilación total no se producirá, como sí ocurre en la jubilación flexible ordinaria, el recálculo (con posible mejora) de la pensión, sino el mero tránsito del 50% de la pensión disfrutada al 100%, con las eventuales revalorizaciones. Se apuesta por la reducción inmediata del gasto (al reducir el importe de la pensión en un 50% durante la situación de compatibilidad), sin que importe demasiado la

²⁰ Artículo 33 del TRLCP, en redacción dada por la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 5/2013.

²¹ STSJ Castilla y León (Burgos), de 22 diciembre 2016, rec. 679/2016.

²² SSTSJ Aragón de 3 junio 2016, rec. 386/2016, y 10 junio 2016, rec. 404/2016.

considerable reducción de las cotizaciones sociales a cargo de empresario y trabajador²³. A nuestro juicio, habría sido más coherente con la finalidad de esta medida de envejecimiento activo permitir al pensionista percibir el 100% de la pensión causada, aplicando como contraprestación las reglas ordinarias de cotización al trabajo realizado durante la situación de compatibilidad, sin generación de nuevos derechos pensionísticos (utilizando terminología italiana), pero con posibilidad de mejorar la base reguladora de la pensión de jubilación cuando se cese en la actividad.

El artículo 214 TRLGSS establece en su apartado 7 que “La regulación contenida en este artículo se entenderá aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente”. Al trabajador/pensionista corresponderá elegir, entre las diversas opciones posibles, y siempre que cumpla las condiciones exigidas para cada una de ellas por separado, aquélla que mejor se ajuste a sus intereses y particulares circunstancias.

A simple vista, el nuevo régimen de compatibilidad establecido por el Real Decreto Ley 5/2013 reporta ventajas tanto para empresas como para trabajadores. Para las primeras, por la sustancial reducción contributiva que lleva aparejada la concertación del contrato con el jubilado, si bien no será fácil que este beneficio consiga contrarrestar la tradicional inclinación del empresariado a rejuvenecer plantillas y su resistencia a contratar a personas de más edad (edadismo)²⁴; para los trabajadores, porque pueden compatibilizar el 50% de la pensión [bien que cumpliendo unas condiciones muy exigentes] con el 100% de las rentas salariales o profesionales correspondientes a la actividad realizada a tiempo completo o a tiempo parcial, lo que puede resultar especialmente ventajoso para los jubilados con pensiones más reducidas, a quienes puede compensar este mecanismo siempre que los ingresos derivados del trabajo resulten superiores al 50% de la pensión o, en el caso de la generalidad de los autónomos –dejando a salvo el supuesto privilegiado de los autónomos integrados en una Mutualidad alternativa al RETA y, si prospera la reforma de la LETA, el de los autónomos empleadores– siempre que sus ingresos superen el SMI²⁵. También puede resultar atractivo para trabajadores cualificados, con altos ingresos y expectativas de continuar en su actividad, que por esta vía obtendrían un aporte complementario de rentas. Con todo, el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del RDL 5/2013 parece desmentir, por el momento, el éxito de la medida, a la que actualmente se encuentran acogidos poco más de 27.000 pensionistas, de los cuales un 80% pertenecen al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

²³ Para VIVERO SERRANO, J.B., *cit.*, p. 128, esta solución supone “Pan para hoy y hambre para mañana”

²⁴ Sobre el “edadismo laboral” como una de las formas más insidiosas de discriminación a la que se ven sometidos los mayores, cfr. SÁNCHEZ VERA, P., “Envejecimiento y jubilación. Tendencias y retos”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad Social con Trabajo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 304-310.

²⁵ LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre trabajo y pensión”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.164, 2014, p.84. Como certeramente diagnostica esta autora, “el sentido de la opción estará condicionado por la cuantía de la pensión y la de los ingresos que deriven de la actividad de que se trate; a menor pensión y mayores ingresos, las posibilidades de decidir en favor de la compatibilidad entre trabajo y pensión se incrementan” (*ibidem*).

2. EL REQUISITO DE QUE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ALCANCE EL CIEN POR CIEN DE LA BASE REGULADORA: LA SOLUCIÓN ACOGIDA POR LA STS DE 30 MAYO 2017 Y SU “INCONGRUENTE” FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Para que la entidad gestora reconozca el derecho a la jubilación activa, además de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación sin aplicación de coeficientes reductores o bonificaciones de edad, el solicitante tiene que haber causado derecho a la pensión de jubilación por el 100 por 100 de la base reguladora que le corresponda. El artículo 214. 1.b) TRLGSS dispone literalmente: “El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por ciento”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 210 TRLGSS, el porcentaje aplicable a la base reguladora para el cálculo de la pensión es variable en función los años de cotización a la Seguridad Social, aplicándose una escala que comienza con el 50% a los quince años, aumentando a partir del decimosexto año un 0,19% por cada mes adicional de cotización, entre los meses 1 y 248, y un 0,18% los que rebasen el mes 248, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100%, salvo en los casos en que se acceda a la pensión con una edad superior a la que resulte de aplicación en cada momento.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la exigencia de período de carencia para acceder a una pensión completa o al 100% de la base reguladora se está incrementando paulatinamente desde el 1 de enero de 2013, de modo que a partir de 2027, para tener derecho al 100 por 100 de la pensión, se tienen que haber cotizado al menos 37 años, y antes de llegar a esa fecha, el número de años y meses que se establecen en la disposición transitoria novena del TRLGSS (así, p. ej., en el período 2013 a 2019 se precisan al menos 35 años y seis meses cotizados).

Con este requisito se persigue favorecer a trabajadores que acrediten largas carreras de seguro y, al propio tiempo, obtener un ahorro considerable al dejar de abonar durante la compatibilidad la mitad de una pensión que se puede encontrar entre las más altas del sistema.

No obstante, resulta controvertida la forma en que puede causarse derecho a una pensión equivalente al 100 por 100 de la base reguladora, que es una de las dos exigencias previstas en el tan citado artículo 214 TRLGSS para que opere la compatibilidad.

Así, las cotizaciones realizadas con posterioridad a la jubilación ordinaria ocurrida antes del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, tanto si dichas cotizaciones derivan de un supuesto de jubilación flexible o de suspensión de la pensión por incompatibilidad plena con el trabajo, aunque pueden determinar la supresión de coeficientes reductores y la mejora del porcentaje de la pensión hasta alcanzar el 100 por 100 de la misma, no darían derecho a la compatibilidad prevista en el artículo 214 TRLGSS, por haberse producido la jubilación antes de la edad ordinaria legalmente establecida.

En parecida situación se encontraría el trabajador, asalariado o autónomo, que se jubila con la edad ordinaria de jubilación cumplida, pero sin que su carrera de seguro le permita optar en ese momento a la pensión completa; si posteriormente se reincorpora al mercado de trabajo, total o parcialmente, o desarrolla una actividad por cuenta propia, y con

las nuevas cotizaciones (efectuadas después de la jubilación) puede alcanzar el 100 por 100 de la pensión, tampoco podría acogerse a la jubilación activa toda vez que, cuando se jubiló, no cumplía el requisito de tener derecho a la pensión íntegra. Y es que del tenor de la norma, conjugado con su espíritu y finalidad, se colige que el porcentaje del 100% ha de cumplirse previamente para acceder a la compatibilidad con el trabajo, y no gracias a las cotizaciones del trabajo efectuado después del reconocimiento inicial de la pensión de jubilación²⁶.

Sin embargo, como se ha visto, existe doctrina judicial permisiva de la jubilación activa cuando se procede de una anterior jubilación parcial, con tal de que en el momento de acceder (posteriormente) a la jubilación total se reúnan las condiciones exigidas por el artículo 214 TRLGSS.

En relación con los trabajadores autónomos, se ha resuelto que no cabe aplicar el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 278 para que el autónomo pueda ponerse al día en las cotizaciones y alcanzar de ese modo el porcentaje del 100 por 100 aplicable a la base reguladora de la prestación, que únicamente con las cotizaciones oportunamente ingresadas no acredita²⁷.

Otra cuestión que ha suscitado controversia en los tribunales, y sobre la que recientemente se ha pronunciado para unificar doctrina el Tribunal Supremo, es la relativa a si para la consecución de ese porcentaje del 100 por 100 es computable o no el porcentaje adicional por prolongación de la vida laboral activa más allá del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, que establece el apartado 2 del artículo 210 TRLGSS (jubilación demorada), y con anterioridad el artículo 163.2 LGSS.

Acogiendo una interpretación restrictiva, un grupo de sentencias considera que ese porcentaje del 100% únicamente puede lucrarse a partir de cotizaciones reales, computadas a la fecha de la solicitud de la pensión de jubilación activa, sin tener en cuenta el porcentaje adicional correspondiente al período transcurrido desde la fecha de cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación y la solicitud de la jubilación activa. En consecuencia, si solo con los años cotizados se obtiene un porcentaje de pensión inferior al 100 por 100, no será posible compatibilizar pensión y trabajo en los términos del artículo 214 TRLGSS, y ello aunque la pensión completa sí se obtenga acumulando a ese porcentaje inicial el que corresponda por demora de la jubilación. En este sentido se ha pronunciado la STSJ de Asturias de 27 marzo 2015 (rec. 288/2015), en un supuesto en el que el solicitante de la pensión de jubilación activa tenía acreditado un total de 11.187 días cotizados, correspondiéndole por ello un porcentaje del 88,79%, si bien, como se pretende jubilar a los 73 años, esto es, habiendo cotizado 8 años después del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (65 años), se le otorga un porcentaje de demora de jubilación del 16% con lo que el porcentaje total aplicable a la base reguladora alcanza el 104,79%. La Sala razona que “el porcentaje del 100% que exige el artículo 2 del Real Decreto Ley 5/2013 se ha de poner en relación con los años de cotización reales efectuados a los que se refiere el artículo 163.1 de la Ley General de la

²⁶ STSJ País Vasco de 24 noviembre 2015, rec. 2160/2015. La Sala vasca argumenta que el objeto del RDL 5/2013 “es permitir la continuidad laboral a quienes ya han cotizado lo suficiente para que a la base reguladora de su pensión de jubilación se le aplique el 100%”, no el de “permitir alargar la vida laboral para lograr una pensión en cuantía superior a la aplicable al momento de la jubilación ordinaria por edad”.

²⁷ STSJ Andalucía (Málaga) de 14 julio 2016, rec. 800/2016.

Seguridad Social, pues en caso contrario se estaría beneficiando a quien no tiene el total de 35 años cotizados permitiéndole obtener una pensión de jubilación activa, contraviniendo el espíritu que inspira el Real Decreto-Ley que lo que pretende es "premiar" a aquellos trabajadores que al alcanzar la edad legal cuentan con una larga carrera de cotización completando los años cotizados legalmente exigidos para obtener el 100% de la base reguladora, para que puedan compatibilizar el percibo del 50% de la pensión con el mantenimiento de la actividad laboral y unas obligaciones de cotización social limitadas". Otros argumentos que para la Sala asturiana son concluyentes en orden a estimar la tesis de la entidad gestora son: "Así, dispone el artículo 4 del Real Decreto Ley que durante la situación de jubilación activa los empresarios y los trabajadores cotizarán a la seguridad social únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, de lo que parece lógico deducir que el trabajador deberá de alcanzar al menos, el número de cotizaciones establecido en la disposición adicional trigésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social que, para exonerar de cuotas a los trabajadores por cuenta propia, salvo incapacidad temporal y contingencias profesionales, exige que tengan 65 años de edad y 38 años y seis meses de cotización o 67 años de edad y 37 años de cotización". Y añade: "Por otra parte, si el beneficio establecido en el punto dos del artículo 163 de la Ley General de la Seguridad Social no resulta de aplicación para otras modalidades de jubilación como la parcial o la flexible que permiten compatibilizar la pensión de jubilación con la prestación de servicios, lo coherente es efectuar una interpretación sistemática y excluir el beneficio excepcional del porcentaje de demora previsto en aquel precepto, para conseguir el porcentaje del 100% legalmente exigido para la pensión de jubilación activa". En consecuencia, el trabajador tiene que reunir el período de carencia legalmente exigido en cada momento (35 o más años) para optar a una pensión del 100% de la base reguladora en la fecha en que solicite la pensión de jubilación activa, teniendo en cuenta cotizaciones reales. Es posible que el trabajador no reúna las cotizaciones precisas para tener derecho a una pensión del 100 por 100 en la fecha en que hubiera cumplido la edad ordinaria de jubilación pero sí alcance dicho volumen de cotizaciones con posterioridad; siempre que se trate de cotizaciones reales podrá solicitar la jubilación activa aunque la pida después de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación.

Por el contrario, existe otra línea doctrinal más flexible, la cual considera que la regulación introducida por el Real Decreto-Ley 5/2013 sobre jubilación activa no excluye que puedan ser computados los porcentajes adicionales por demora en la jubilación respecto de la edad ordinaria, para alcanzar de ese modo el porcentaje del 100% y tener derecho a la compatibilidad con el trabajo que esta modalidad permite. Curiosamente, el mismo TSJ asturiano que, como hemos visto, se ha pronunciado en contra de admitir el porcentaje adicional por jubilación demorada a efectos de considerar cumplido el requisito previsto en el artículo 2.b) del RDL 5/2013 (hoy recogido en el art. 214.1.b) TRLGSS), tiene otra sentencia de la misma fecha (27 marzo 2015, rec. 635/2015) sosteniendo justamente la tesis contraria en un supuesto virtualmente idéntico. En este caso se trataba de una trabajadora encuadrada en el RETA que solicitó pensión de jubilación activa el 20-12-2013, acreditando cotizaciones desde el alta en el sistema hasta la fecha del hecho causante de la jubilación (31-12-13) que ascendían a 11.531 días (31 años y 7 meses), considerados los días asimilados por parto. Por este registro de cotizaciones le correspondía un porcentaje sobre la base reguladora del 91,07%, si bien, como después de cumplir la edad ordinaria de jubilación (65 años) había cotizado 6 años (2.192 días), tiene derecho a un porcentaje de mejora de la jubilación del 16,50%, con lo que el porcentaje aplicable a la base de la pensión es el

107,57%. El INSS deniega el acceso a la jubilación activa al no alcanzar el 100% de la cuantía de la base reguladora de la pensión de jubilación con el porcentaje del 91,07% acreditado por cotizaciones efectuadas. Sin embargo, la Sala asturiana va a entender en esta ocasión que la solicitante sí reúne el porcentaje del 100% necesario para acceder a la pensión de jubilación activa, por cuanto la normativa que la regula no contiene previsión alguna que justifique limitar el porcentaje del 100% que exige “únicamente al alcanzado por los años cotizados con exclusión de los porcentajes adicionales alcanzados por los días cotizados con posterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación”; de modo que “resultando que la demandante, nacida el 22 de diciembre de 1942, solicitó pensión de jubilación activa el 20 de diciembre de 2013, teniendo un porcentaje del 91,07% por cotizaciones desde el alta en el sistema de Seguridad Social hasta la fecha del hecho causante de la jubilación, y además un 16,5% más por las cotizaciones efectuadas tras el cumplimiento por la misma de la edad ordinaria de jubilación, ya que tras el cumplimiento de dicha edad siguió cotizando seis años, es por lo que procede el reconocimiento a la misma del derecho a la pensión de jubilación-activa por ella reclamada, pues a la fecha del hecho causante acredita un porcentaje de jubilación superior al 100%, concurriendo en ella el resto de los requisitos precisos para que su pensión de jubilación resulte ser compatible con la realización de un trabajo”.

En parecidos términos se ha pronunciado la STSJ Madrid de 14 septiembre 2015 (rec. 407/2015), para la que no existe duda alguna de que quedan excluidas de la norma otras modalidades de jubilación, como la parcial y la flexible, pero no la activa, “ya que fácilmente hubiera podido el legislador, diciéndolo de forma expresa, apartar esta última del cómputo adicional de la referida demora”.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Social, ha fijado doctrina en esta materia, confirmando la tesis mantenida por la sentencia del TSJ asturiano y por la entidad gestora en sentido contrario al cómputo del porcentaje por demora de la jubilación a los efectos que aquí se consideran (compatibilidad del 50% de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia), pero con la particularidad de que introduce en su fundamentación jurídica consideraciones para apoyar su decisión que son incongruentes con la problemática suscitada, y al hacer dichas afirmaciones la Sala Cuarta acaba generando una notable confusión porque altera significativamente los términos del debate casacional.

En efecto, la STS de 30 de mayo de 2017 (rcud. 2268/2015) resume en los siguientes términos la cuestión planteada en el RCU que resuelve: “La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, consiste en determinar los requisitos establecidos para tener derecho a la llamada jubilación activa que permite compatibilizar la pensión de jubilación reconocida con el trabajo y, más concretamente, si a tal fin es preciso tener reconocido un porcentaje que de derecho a una pensión de jubilación del 100 por 100 de la base reguladora de la prestación reconocida, o cabe tenerla reconocida por porcentaje inferior, supuesto en el que sería posible alcanzar el porcentaje del 100 por 100 con las cotizaciones efectuadas por los trabajos posteriores a la jubilación” (el subrayado es mío). Yerra la sentencia al introducir en el debate la reflexión sobre la eficacia de unas supuestas cotizaciones posteriores a la jubilación, toda vez que el problema precisado de unificación doctrinal es el cómputo de las cotizaciones efectuadas antes de la jubilación pero con posterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, y si el porcentaje adicional generado por el retraso en el disfrute de la jubilación es útil para alcanzar el

porcentaje del 100% de la base reguladora de la prestación que la norma exige para conceder la compatibilidad con el trabajo prevista en el artículo 2 del RDL 5/2013 [actualmente reproducido en el art. 214 TRLGSS]. La confusión persiste cuando más adelante argumenta la Sala en favor de la existencia de contradicción que “en ambos casos se trata de solicitantes que al tiempo de cumplir la edad de jubilación acreditaban cotizaciones que daban derecho a un porcentaje de la base reguladora inferior al 100 por 100, demandantes ambos que pidieron la jubilación activa y trabajaron después alcanzado con las cotizaciones posteriores un porcentaje superior al 100 por 100...”, cuando, como se ha indicado, no es cierto que los peticionarios hubieran trabajado después de la jubilación (precisamente la compatibilidad entre pensión y trabajo es lo que reclaman judicialmente); también cuando asevera que “De la literalidad del precepto transcrito [el art. 2 del RDL 5/2013] se deriva que para disfrutar de los beneficios para disfrutar de los beneficios que establece el Capítulo I del citado RDL se requiere en primer lugar tener reconocida una pensión de jubilación por haber alcanzado la edad exigible legalmente en cada caso y en segundo lugar que la pensión reconocida sea equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. Los términos del precepto son tan claros que no dejan duda sobre la necesidad de haberse jubilado con una pensión equivalente al 100 por 100 de la base reguladora de la misma, para poder compatibilizar el trabajo con la pensión reconocida que, durante esa situación de compatibilidad, se reducirá en un 50 por 100, sin que, por ende sea posible alcanzar porcentaje del 100 por 100 cuestionado con cotizaciones posteriores a la jubilación”. Y más adelante, cuando sostiene que la norma que regula la jubilación activa “quedaría vacía de contenido si el porcentaje del 100 por 100 que nos ocupa se pudiese alcanzar con cotizaciones posteriores a la jubilación” y que “la solución que pretende el recurrente es contraria al espíritu de la norma que persigue mejorar a quienes acreditando el máximo periodo de cotización se jubilan y siguen trabajando, pero no a quienes no reúnen el máximo periodo de seguro y pretenden alcanzarlo con cotizaciones posteriores a su jubilación, cotizaciones de menor cuantía, al ser sólo por incapacidad temporal y contingencias profesionales (art. 4 del RDL 5/2013), lo que supone alcanzar el porcentaje del 100 por 100 de la pensión sin cotizar por la contingencia de jubilación, esto es discriminar favorablemente a quien cotizó menos, objeto carente de justificación alguna y que es contrario al espíritu que deriva de una interpretación sistemática de las normas”. Lisa y llanamente, la sentencia está confundiendo en todo momento [pese a conformar realidades muy distintas y con efectos jurídicos diversos] cotizaciones realizadas con posterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación por mantenimiento de la actividad más allá de ésta (que es lo aquí acaecido) con cotizaciones posteriores al hecho mismo de la jubilación; cotizaciones posteriores a la jubilación activa que, como se ha visto, se limitan a las contingencias del incapacidad temporal y contingencias profesionales, más una cuota de solidaridad del 8 por 100 que en ningún caso da derecho a nuevas prestaciones ni a mejorar la pensión que se viniera percibiendo. A lo sumo, el jubilado verá reconocido el derecho a recuperar el importe completo de la pensión, pasando a cobrar el 100 por 100 de la misma, cuando cause baja en la actividad asalariada o por cuenta propia que haya compatibilizado con la pensión que le fue reconocida, con aplicación de las revalorizaciones pertinentes.

Sería muy conveniente que a la primera oportunidad que se le presente, la Sala Cuarta venga a aclarar la confusa e incongruente (para el caso) fundamentación jurídica de su doctrina en esta materia.

3. CONCLUSIÓN

Las diversas fórmulas de compatibilidad entre pensión y trabajo no deben convertirse en mecanismos que permitan complementar con rentas salariales o profesionales unas pensiones cada vez más reducidas e insuficientes, y, en definitiva, inadecuadas para garantizar la subsistencia de nuestros jubilados en condiciones dignas, sirviendo de coartada a políticas de pensiones que ven en la reducción del gasto y no en la exploración de nuevas vías de ingresos la única solución a los problemas de sostenibilidad que acucian a nuestro sistema de Seguridad Social; de lo contrario, podría llegar el día en que el desarrollo de un trabajo o una actividad más allá de la edad de jubilación deje de ser una opción legítima para convertirse en una necesidad que socave el derecho subjetivo de los ciudadanos al descanso tras una larga vida de dedicación al trabajo.