Luces y sombras de la pensión de jubilación activa y su compatibilidad con el trabajo: ¿jubilación y compatibilidad con el trabajo por cuenta propia de autónomo societario? A propósito de la STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019

Pros and cons of the active retirement pension and its compatibility with work: retirement and its compatibility with work undertaken by self-employed directors. With regard to the Galicia High Court of Justice Judgement of 28 May 2019.

M^a JOSÉ ROMERO RODENAS

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, UCLM

Resumen

Pensión de jubilación activa en trabajadores autónomos: compatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y percepción del 100 por 100 de la pensión de jubilación. La STSJ Galicia de 28 de mayo de 2019 objeto de comentario interpreta de forma extensiva la condición del trabajador autónomo tanto en su condición de autónomo persona física, como autónomo societario con el efectivo control de la sociedad en base a unas conclusiones muy razonadas y argumentadas con el espíritu del concepto de envejecimiento activo y los requisitos del art. 214 TRLGSS. La Sentencia tiene un voto particular que se adhiere al criterio de gestión del INSS y a la doctrina judicial mantenida por diferentes TSJ.

Abstract

Active retirement pension in self-employed workers: compatibility between self-employment and 100% receipt of the retirement pension. The Galicia High Court of Justice Judgement of 28 May 2019, which forms the subject of this study, extensively defines the condition of the self-employed worker, both as a self-employed natural person and a self-employed director with effective control of their company, based on reasoned and argued conclusions, considering the concept of active ageing and the requirements of art. 214 of the Spanish General Social Security Law. The judgement offers a specific ruling which adheres to National Institute for Social Security (INSS) criteria and to judicial doctrine maintained by different High Courts of Justice.

Palabras clave

Jubilación activa, compatibilidad, trabajador autónomo

Keywords

Active retirement, compatibility, self-employed worker

1. INTRODUCCIÓN Y EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL DE INCOMPATIBILIDAD

Ha sido una constante normativa en nuestro ordenamiento jurídico de Seguridad Social hasta el 2013 el reconocimiento de la incompatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación. Realizando un breve recorrido por la normativa reguladora de las pensiones de vejez/jubilación nos encontramos con normas a las que se contiene el citado principio: Art. 9 de la Orden de 2 de febrero de 1940, por la que se dictan normas para la aplicación de la Ley de 1 de septiembre de 1939, que establece un subsidio de vejez¹, en sustitución del Régimen del Retiro Obrero. En el citado artículo 9 se establece que el percibo del subsidio de vejez

¹ Por importe de 3 ptas.

será incompatible con todo trabajo remunerado; Art. 2 de la Orden de 10 de agosto de 1957 sobre la incompatibilidad de las prestaciones de los Seguros de Vejez, Invalidez y Viudedad, en el que se establece que el percibo de las pensiones de vejez es incompatible con la realización de cualquier trabajo o actividad que determine la inclusión del pensionista en un régimen o rama de subsidios o seguros obligatorios; Art. 156.2 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases de Seguridad Social y conforme al cual “el disfrute de la pensión de vejez será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y los términos que reglamentariamente se determinen”; Igual redacción se mantiene en el art. 156.2 TRLGSS/1974, y en muy parecidos términos en el art. 165.1 TRLGSS/1994 y art. 263.1 TRLGSS/2015, actualmente en vigor.

En realidad tal y como señala el vigente art. 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el RGSS, la incompatibilidad se produce respecto de la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia que dé lugar a la inclusión en un régimen de Seguridad Social, de forma que cuando tenga lugar la realización del trabajo, producirá entre otros efectos la suspensión del derecho a la pensión de vejez/jubilación².

Desde un primer momento la pensión de vejez/jubilación era compatible con el ejercicio de actividades profesionales colegiadas (abogado, médico, arquitecto, etc) y con los trabajos a tiempo parcial derivados de las situaciones de jubilación parcial y jubilación flexible.

En cuanto a los trabajadores autónomos el art. 45.2 del RD 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, reprodujo, en materia de incompatibilidad lo que establecía la LGSS vigente, si bien, la Orden de 24 de septiembre de 1970 por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo de Régimen Especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos, dispuso, tras reafirmar el carácter general de la incompatibilidad entre pensión y trabajo, que “el disfrute de la pensión de vejez será compatible con el mantenimiento de la mera titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad, siempre que este no implique una dedicación de carácter profesional”, redacción que fue modificada por la Orden de 31 de julio de 1976 por la que se modifica el artículo 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, que suprimió el adjetivo “mero” y la expresión “siempre que este no implique una dedicación de carácter profesional”, redacción que se mantiene hasta hoy. Sobre el concepto de funciones inherentes a la titularidad de la empresa la STS (social) 14 de julio de 1988 mantiene la incompatibilidad con la personal explotación del negocio.

También el art. 52.2 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social³ mantiene una singularidad de la pensión de jubilación con el trabajo al disponer lo siguiente:

² Vid. Art. 16.2.a) de la Orden citada.

³ Artículo que en mi opinión, se encuentra vigente.

“El disfrute de la pensión de vejez, será incompatible con el trabajo del pensionista que de lugar su inclusión en el campo de aplicación en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, y será compatible con la realización de labores agrarias que tengan carácter esporádico y ocasional y sin que, en ningún caso puedan llevarse a cabo tales laborales, durante más de seis días laborales consecutivos, ni invertir en ellas un tiempo que exceda, al año, del equivalente a un trimestre. Cuando la realización de las laborales que se declaren compatibles con el percibo de la pensión se lleven a cabo por cuenta ajena, el empresario que emplee en ellas al pensionista, vendrá obligado a formalizar su protección por accidente de trabajo y enfermedades profesionales...; cuando las indicadas laborales se lleven a cabo por cuenta propia, el pensionista quedará protegido de pleno derecho, por las aludidas contingencias... sin que tenga que satisfacer por ello cuota alguna”.

La Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se integra el REA en el Régimen General, conformando un sistema especial, establece en su disposición adicional séptima que “el Gobierno determinará reglamentariamente, en un plazo de seis meses, los términos y condiciones en los que la pensión de jubilación del Sistema Especial para Trabajadores Cuenta Ajena Agrarios, sea compatible con la realización de labores agrarias que tengan carácter esporádico y ocasional”. Pese a que han transcurrido 8 años desde dicha Ley, a día de hoy no se ha hecho uso de la autorización reglamentaria para regular la compatibilidad, por lo que entiendo que continúa en vigor el art. 52.2 del Decreto 3772/1972 de 23 de diciembre, antes transcrito, que por otra parte no ha sido objeto de derogación expresa.

Otra compatibilidad de menor entidad es la contenida en el RD 898/1985, de 30 de abril, respecto de los profesores eméritos de universidad (art. 22.2).

En definitiva se trata de excepciones puntuales para colectivos concretos y no de normas de efectos generales que regulen los supuestos de compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo.

2. CAMBIO DE TENDENCIA

Con independencia de diversas manifestaciones de la OIT y de la UE en materia de envejecimiento activo⁴, el punto de partida de los cambios legislativos en nuestro ordenamiento jurídico, viene constituido por la Recomendación aprobada el 25 de enero de 2011 por la Comisión de seguimiento del Pacto de Toledo, recomendación 12, en la que, entre otras declaraciones sobre la pensión de jubilación, se establece lo siguiente:

“Hay que introducir esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y la pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión. Resulta adecuada, en la misma línea que otros países de nuestro ámbito, una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, o muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral”.

Una primera concreción de la anterior propuesta se produce con la Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, cuya disposición adicional 31ª añade un nuevo apartado al art. 165 del TRLGSS/1994 en el

⁴ *In extenso* Vid. BAYLOS GRAU A.: “A propósito del llamado envejecimiento activo” *RDS* núm. 87 (2019).

que se establece que “el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional en computo anula. Quienes realicen estas actividades económicas no serán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social”. El citado texto legal aparece actualmente incorporado como art. 213.4 TRLGSS/2015.

Resulta claro que esta modificación legal posibilita con carácter general la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia (nunca con el trabajo por cuenta ajena), a diferencia de la normativa precedente en la que la compatibilidad solo se establecía por vía excepcional y para supuestos muy concretos.

Aunque no viene al caso, también la citada Ley 27/2011, de 1 de agosto, en su disposición adicional 37, provoca un giro fundamental en lo que se refiere a la compatibilidad de la pensión de jubilación con el ejercicio de profesiones colegiadas, cuyos colectivos habían presionado para dejar sin efecto la Orden 1362/2011, de 23 de mayo, sobre incompatibilidad de la pensión de jubilación con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados, Orden cuya legalidad había sido avalada por Sentencias de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012, dos Sentencias, rec. 295 y 478/2011, y 4 de julio de 2012, rec. 467/2011, y que ha sido derogada tácitamente como expresamente reconoce la STS, cont-admo, de 1 de julio de 2014, rec. 3211/2012, al declarar que dicha Orden ha perdido vigencia tras la aprobación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto. Asimismo y en lo que se refiere a la Ley 27/201, de 1 de agosto, la citada disposición adicional 37 establecía lo siguiente: “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...”. Es decir regulará “el envejecimiento activo”⁵ termino de carácter pluridimensional que vienen determinado por factores demográficos, sanitarios, sociales, culturales, políticos y económicos⁶ y con una gran indeterminación o ambigüedad jurídica⁷. En cumplimiento del anterior mandato y con apelación a la recomendación citada del Pacto de Toledo y a las recomendaciones del Consejo de la UE de 10 de julio de 2012, sobre sostenibilidad del sistema de pensiones e impulso del envejecimiento activo, se aprueba el Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, en el que se contienen los requisitos de acceso y condiciones de compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, conocida como jubilación activa, cuyo texto se incorporaría más tarde al art. 214 TRLGSS/2015, cuyos apartados 2 y 5 serían objeto de una modificación posterior por medio de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, norma esta que, además, introduce una nueva disposición final en el TRLGSS, la sexta bis, en la que se pronuncia a favor de ampliar la compatibilidad entre pensión y trabajo, generalizando su utilización, al disponer que “... dentro del ámbito del diálogo social, y de

⁵ Por todos, BAYLOS GRAU A: “Protección jurídica de las personas mayores. tutela del empleo y envejecimiento activo”, en *III Congreso Internacional y XVI Nacional de la AESSS por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Tomo II, Laborum, Murcia, 2019 págs. 11 y ss. BAYLOS GRAU A.: “A propósito del llamado envejecimiento activo” *RDS* núm. 87 (2019).

⁶ Estrategia Nacional de Personas Mayores para un Envejecimiento Activo y para su Buen Trato 2018–2021 Aprobado por el Pleno del Consejo Estatal de Personas Mayores en la sesión extraordinaria del día 30/11/2017.

⁷ MOLINA NAVARRETE C., “Envejecimiento activo y jubilación anticipada: ¿o el nuevo retablo de las maravillas?, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, núm. 412, 2017, pág. 15 y ss.

los acuerdos en el seno del Pacto de Toledo, se procederá a aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad establecido entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos regulado en el párrafo segundo del apartado 2 del art. 214 de la presente Ley”, de forma que plantea la compatibilidad generalizada de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia o ajena, en cuantía equivalente al cien por cien de dicha pensión.

Nos resulta preciso mencionar el Acuerdo Marco Europeo sobre el envejecimiento activo en el trabajo⁸ su conceptualización jurídica del “envejecimiento activo” afecta sin duda al desarrollo de las actividades profesionales⁹, no obstante con su debilitada fuerza normativa, no ejerce una fuerza específica en el ejercicio del trabajo autónomo pero constituye en la práctica y sin duda un anunciado e innovador modelo en las políticas públicas de empleo y Seguridad Social integrador del modelo “envejecimiento activo” previo al modelo de “envejecimiento saludable”.

Por último señalar que por medio del RD 28/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y cinematográfica, se establece una nueva compatibilidad, en este caso, muy demandada, entre la pensión de jubilación y trabajo, desarrollada por el RD 302/2019, de 26 de abril, afectando a la compatibilidad de la pensión de jubilación con las actividades de los profesionales dedicados a la creación artística, por la que perciban derechos de propiedad intelectual (disposición final segunda).

3. COMPATIBILIDAD ENTRE LA PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN Y EL TRABAJO POR CUENTA AJENA O PROPIA: JUBILACIÓN ACTIVA

El Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, establece un nuevo supuesto de compatibilidad entre la pensión de jubilación en su modalidad contributiva¹⁰, reducida al 50 por 100 de su importe, y la realización de un trabajo por cuenta propia o ajena, a tiempo completo o parcial¹¹, incorporándose su contenido en la regulación al artículo 214 TRLGSS.

⁸ De 8 de marzo de 2017, acuerdo marco destinado a facilitar la participación activa de los trabajadores de más edad en el mercado laboral hasta la edad de jubilación y la promoción de un enfoque intergeneracional. Firmado por BusinessEurope, UEAPME, el CEEP y la CES.

⁹ CERVILLA GARZÓN, M.J.: “la política de fomento del envejecimiento activo y sus conexiones con el redireccionamiento del empleo hacia el autoempleo”, en *Trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas* (Dir, Gómez Muñoz JM), Bomarzo, Albacete, 2019, pág. 206.

¹⁰ Solamente podrán acogerse a dicha jubilación quienes tengan acreditada una larga carrera de seguro resultando intrascendente que el trabajo a realizar, compatibilizándolo con la pensión, sea a jornada completa o a tiempo parcial. Durante el periodo comprendido entre 2013 y 2026 los años que han de tenerse acreditados para acceder a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al cien por cien de la base reguladora son 35,5 años hasta 2019; 36 años durante el periodo comprendido entre 2020 y 2022 y 36,5 años entre 2023 y 2026, inclusive.

¹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M. 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, 2013, pág. 10. GALA DURAN C.: “El impacto de las últimas reformas de la jubilación en el fomento de la compatibilidad entre trabajo y pensión”, *El derecho del trabajo y seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral* (Dir. Sánchez-Rodas Navarro C., Garrido Pérez E), Laborum, Murcia, 2015, págs. 65 y ss; VIVERO SERRANO J.B. “La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento (...)”

Así pues la diferencia básica entre la jubilación activa y otras formas de compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo, radica en la dedicación al trabajo, ya que en este caso la compatibilidad es posible aun cuando se trabaje a jornada completa, mientras que en la jubilación parcial o en la flexible solo es posible compatibilizar la pensión con la realización de un trabajo a tiempo parcial¹².

En cuanto a los objetivos perseguidos por la norma, se ponen de manifiesto en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, al indicar que la nueva regulación pretende: en primer lugar “Favorecer el alargamiento de la vida activa más allá de la edad ordinaria de jubilación”, entendiéndose que es difícil cumplir este objetivo con la actual regulación, pues el mencionado “alargamiento de la vida” no se produce en los trabajadores por cuenta ajena, dado los requisitos para acceder a la pensión y a las circunstancias legales de no estar concebida como un derecho subjetivo de los trabajadores al precisarse consentimiento del empresario¹³, puesto que es el empresario quien decide si el trabajador prolonga o no su vida activa¹⁴. En segundo lugar, “Reforzar la sostenibilidad del Sistema de la Seguridad Social”, desde el momento en que se satisface la pensión de jubilación en una cuantía equivalente al 50 por 100 de la ordinaria. Y en tercer lugar, mantener la utilización de los conocimientos y experiencia de los trabajadores que cuentan con una dilatada vida laboral. Aun cuando tales objetivos sean muy loables no parece conveniente que con unas cifras de paro tan elevadas como las que mantiene el país, este sea el momento más oportuno para implantar el modelo de compatibilidad que a la postre se traducirá en un envejecimiento de la población laboral y una mayor dificultad de los jóvenes en el acceso al empleo, impidiendo la incorporación de otros colectivos al trabajo¹⁵. Consideramos que lo más lógico no es crear un sistema de estas características que, en alguna medida, se erige en un mecanismo que impide la incorporación de otros colectivos al trabajo, pues el nuevo régimen de compatibilidad resulta aplicable a todos los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, excepto al de Clases Pasivas del Estado (art. 213.2 TRLGSS), que se regirá por su normativa específica y con regulación actual se contienen modificaciones sustanciales en las Disposiciones adicionales segunda y tercera del Real Decreto-Ley 5/2013, dando nueva

activo”, Documentación Laboral, núm. 103, 2015, pág. 117 a 128. LOUSADA AROCHENA J.F., RON LATAS R.P., *La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo*, Laborum, Murcia, 2019, pág. 91 y ss.

¹² ROMERO RODENAS M.J., *La pensión de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2018, págs.73 y ss. ROMERO RODENAS MJ., *La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2019.

¹³ El alargamiento de la vida profesional (activa) se puede alcanzar por la vía de los arts. 152 y 210.2 TRLGSS.

¹⁴ BAYLOS GRAU A., “Protección jurídica de las personas mayores. Tutela del empleo y envejecimiento activo” en III congreso internacional y XVI nacional de la AESSS por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible...op.cit. págs. 11 y ss.

¹⁵ Se ha cuestionado precisamente “la posibilidad de simultanear pensión de jubilación y trabajo, a tenor del impacto –se entiende, negativo– que podría tener sobre las condiciones de trabajo y el acceso al empleo de las personas desempleada”, Vid. ROJO TORRECILLA, E. “El envejecimiento activo y los ajustes en el marco jurídico y económico de las pensiones (y muchos cambios más). Análisis del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo (II). Blog del autor www.eduardorojotorrecillas.com, entrada de 17 de marzo de 2013. GALA DURÁN C.: “Las medidas de fomento del envejecimiento activo y su posible impacto sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones”, *Revista Trabajo y Derecho* núm. 2, 2015, consultado en Smarteca. GALA DURÁN C.: “El impacto de las últimas reformas de la jubilación en el fomento de la compatibilidad entre trabajo y pensión”, *El derecho del trabajo y Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral* (Dir. Sánchez-Rodas Navarro C., Garrido Pérez E.)... op.cit. págs. 65 y ss. Recientemente, BAYLOS GRAU A.: “Protección jurídica de las personas mayores. Tutela del empleo y envejecimiento activo”...op.cit.; BAYLOS GRAU A.: “A propósito del llamado envejecimiento activo”...op.cit.

redacción al art. 33 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

La jubilación activa se entiende aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo establecidas legal o reglamentariamente, de forma que la nueva normativa no sistematiza una materia tan difusa como esta, sino que tan solo se viene a añadir una nueva compatibilidad entre pensión y trabajo a las ya existentes. La norma excluye de esta jubilación a determinados colectivos, como: personal al que sea de aplicación el Texto Refundido de la legislación de Clases Pasivas del Estado, que se regirá por su normativa específica; quienes desempeñen un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, entendiéndose por tal el delimitado en el párrafo segundo del art. 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (artículo 214.7 párrafo segundo TRLGSS); personal que desempeña funciones públicas y que percibe retribución por arancel¹⁶.

4. REQUISITOS EXIGIBLES AL TRABAJADOR: AUTÉNTICOS LÍMITES

La normativa reguladora impone determinados requisitos que han de concurrir en el trabajador que accede a la pensión de jubilación, a la vez que también se exige de las empresas el mantenimiento del nivel de empleo en los términos del artículo 214.6 TRLGSS.

4.1. Sobre la exigencia de que previamente se haya cesado en el trabajo

Se trata de una cuestión polémica ya que la normativa general reguladora de la pensión de jubilación impone para el reconocimiento de la pensión el que previamente se haya cesado en el trabajo, y así lo dispone categóricamente el art. 204 TRLGSS al establecer que la pensión de jubilación se concederá cuando el beneficiario “alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena”, exigencia que igualmente reitera la normativa reglamentaria que disciplina la prestación, disponiendo el art. 1 de la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, que la prestación se concederá cuando los trabajadores “a causa de su edad cesen en el trabajo por cuenta ajena”, lo que igualmente reitera el art. 90 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 con relación a los trabajadores autónomos. Así pues dicha normativa de Seguridad Social, que no ha sido objeto de modificación expresa, impone como condición para el reconocimiento de la pensión de jubilación que, con carácter previo, se haya producido el cese en el trabajo.

Por otra parte el art. 49.1.f) ET establece que el contrato de trabajo se extinguirá “por jubilación del trabajador, de lo que claramente se infiere que con motivo de su jubilación el trabajador queda desvinculado de la empresa para la que viene prestando servicios, sin perjuicio de la situación peculiar de jubilación parcial en la que se compagina el trabajo y la pensión.

¹⁶ Vid. STSJ Castilla-La Mancha de 7 de mayo de 2019, rec. 715/2018 y STSJ Andalucía/Málaga de 11 de junio de 2015, rec. 578/2015), caso de notarios.

Pues bien, si se aplican las normas citadas en un sentido literal resultará que tratándose de trabajadores por cuenta ajena el hecho de que el INSS reconozca el derecho a la jubilación implicaría la extinción del contrato y, además, el cese en el trabajo será presupuesto de obligado cumplimiento para que tenga lugar el reconocimiento del derecho a la pensión, con lo cual la jubilación activa solo sería de aplicación a los trabajadores que una vez jubilados retornaran a la actividad laboral, aunque esta es una modalidad de jubilación que ya está parcialmente prevista por la jubilación flexible, aunque con distinto alcance, sin que parece que este sea el sentido de la norma.

A mayor abundamiento resulta de interés señalar que también con relación a los trabajadores autónomos la aplicación de la normativa específica citada conduciría a un resultado manifiestamente incongruente, ya que primero se le exigiría el cese en la actividad para el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación y una vez producido tal reconocimiento habría de causar nueva alta para acceder a la jubilación activa.

Esta confusa situación se hubiera solventado introduciendo una modificación del art. 204 TRLGSS y del 49.1.f) ET, pero al no ser así ha sido necesario que la Dirección General de la Seguridad Social, resolviendo una consulta de la Subdirección General de Gestión de Prestaciones, mantenga que una interpretación finalista de las normas reguladoras de la pensión de jubilación y envejecimiento activo, 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 prestan 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 RDL 5/2013 ...”.

Parece por tanto que desde una perspectiva estricta de Seguridad Social y sin perjuicio de otras cuestiones como las relativas a la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación y de sus efectos económicos, ningún impedimento ha de existir para que sea reconocida la pensión de jubilación activa sin cesar previamente en la realización del trabajo por cuenta propia o ajena, criterio mantenido en vía judicial¹⁷.

Sin embargo tal interpretación no solventa todos los problemas ya que con relación a los trabajadores por cuenta ajena sigue existiendo el mandato del art. 49.1.f) ET, a cuyo tenor la pensión de jubilación extingue el contrato de trabajo, con lo cual podría suceder que una vez reconocida la pensión de jubilación la empresa diera por extinguida la relación laboral, de forma que si se entendiera que esto puede ser así resultará que la posibilidad de acceso a la pensión de jubilación activa se haría depender de la voluntad empresarial, lo cual no parece que se corresponda con el objeto y la finalidad de la norma, de manera que, con las necesarias cautelas, procederá mantener que una interpretación sistemática de la vigente regulación legal conduce a entender que en estos casos no se produce la extinción del contrato de trabajo, al igual que sucede en la jubilación parcial, por lo que el acceso a la jubilación activa no exigiría el concurso de la empresa, aunque no parece que sea este el criterio administrativo del INSS, ya que entre la documentación a aportar por el beneficiario figura una declaración de la empresa en la que muestra la conformidad con la jubilación,

¹⁷ STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 22 de octubre de 2015, rec. 1266/2015.

requisito este que no se contempla, al menos expresamente, en el artículo 214 TRLGSS tantas veces referenciado.

Tratándose de trabajadores autónomos y resuelta la cuestión del no cese en la actividad desde una perspectiva de Seguridad Social, ningún otro problema se suscita al respecto, ya que el trabajador autónomopodrá continuar prestando servicios de forma ininterrumpida.

4.2. El acceso a la pensión de jubilación habrá de producirse una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación

Como es sabido, en la actualidad no existe una única edad ordinaria de jubilación, de forma que el acceso a dicha prestación puede llevarse a cabo a partir de los 65 años para aquellos beneficiarios que acrediten 38,5 años de cotización o a los 67 años para quienes no tengan cotizado ese dilatado periodo de tiempo, sin perjuicio de que estas cotizaciones son exigibles íntegramente a partir del 1 de enero de 2027 y que mientras tanto será de aplicación lo establecido en la disposición transitoria séptimadel TRLGSS, de manera que en los años inmediatos será necesario acreditar los periodos de cotización de dicha disposición.

La exigencia del acceso a la pensión una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación, implica que no es admisible la jubilación activa para supuestos de jubilación anticipada o acogida a bonificaciones por razón de edad, cuestionándose si es posible acceder desde la jubilación anticipada, una vez que el beneficiario cumpla la edad ordinaria de jubilación y siempre que reúna el resto de los requisitos legalmente exigibles, lo que no parece que sea posible ya que la norma persigue el llamado envejecimiento activo, entendido como prolongación de la vida laboral, lo que no se daría en los supuestos de jubilación anticipada previa¹⁸.

4.3. El porcentaje aplicable a la base reguladora ha de alcanzar el 100 por 100 de la pensión

Esta exigencia motiva que solo puedan acceder a esta modalidad de jubilación los trabajadores que acrediten una muy larga carrera de seguro, ya que con la legislación precedente el 100 por 100 de la base reguladora exigía una cotización mínima de 35 años y, tras la entrada en vigor de la Ley 27/2011, los periodos de cotización se van incrementando gradualmente para alcanzar ese porcentaje a los 37 años de cotización en el 2027¹⁹.

¹⁸ STSJ Madrid de 7 de octubre de 2015, rec. 252/2015 “El anterior precepto viene a establecer la posibilidad de poder ser beneficiario de la pensión de jubilación ordinaria y seguir trabajando, a tiempo completo o parcial, pero tal derecho solo corresponde a quienes acceden desde el cese en su actividad profesional a esa jubilación, sin que la compatibilidad pueda entenderse respecto de los que son jubilados anticipados. Esto es, el derecho de compatibilidad solo se contempla para las jubilaciones ordinarias sin que se haya extendido a las jubilaciones anticipadas y cuando 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”.

¹⁹ Durante el periodo transitorio los años de cotización exigible para alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora son los siguientes: De 2013 a 2019: 35.5 años de cotización; De 2020 a 2022: 36 años de cotización; De 2020 a 2026: 35.5 años de cotización y a partir de 2027: 37 años de cotización.

Partiendo de que el art. 214.1.b) TRLGSS exige que el porcentaje aplicable a la base reguladora ha de alcanzar el 100 por 100, puede plantearse si resulta aplicable, para alcanzar dicho porcentaje, el incremento por demora en la pensión de jubilación a que se refiere el art. 210.2 TRLGSS conforme al cual se reconocerá al interesado un porcentaje adicional por cada año cotizado entre la fecha en que se cumplió la edad ordinaria de jubilación y la del hecho causante de la pensión, siendo el incremento del 2 por 100 hasta 25 años de cotización, del 2,75 por 100 entre 27 y 37 años cotizados y del 4 por 100 a partir de 37 años cotizados. Esta cuestión ha sido resuelta en sentido afirmativo por las SSTSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2015, rec. 407/2015 y las de Asturias de 27 de marzo de 2015, rec. 510/2015 y 14 de septiembre de 2015, rec. 407/2015, en las que se establece que la normativa reguladora no excluye que puedan ser computados los porcentajes adicionales por demora en la jubilación antes citados, criterio que también ha sido asumido por el INSS en el criterio interpretativo 15/2015, de 27 de febrero, en el que se mantiene que el requisito establecido en el artículo 2.b) RDL 5/2013 [actual 214.1.b) TRLGSS], “puede alcanzarse computando el porcentaje adicional previsto en el tercer párrafo del art. 163.2 LGSS”.

En cualquier caso no debe pasar desapercibido el hecho de que la norma no exige como requisito el tener un número determinado de años de cotización que permitan alcanzar una cuantía de la pensión del 100 por 100 de la base reguladora, sino que lo que realmente se establece es que el porcentaje aplicable alcance el 100 por 100, y por ello al no establecer limitación alguna para cuantificar su importe, deberá entenderse que puede quedar integrado por la suma del porcentaje correspondiente a las cotizaciones realmente satisfechas, el incremento por nacimiento de hijos y el que deriva de un retraso en la edad de jubilación.

5. REQUISITOS EXIGIBLES A LA EMPRESA: MANTENIMIENTO DEL EMPLEO

El art. 214.6 TRLGSS exige que las empresas en las que se compatibilice el trabajo y la pensión de jubilación, no hayan adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores, de modo que no impedirá la existencia de jubilaciones activas el hecho de haberse producido extinciones por la vía de los arts. 51 y 52 ET, siempre que hayan sido declaradas como procedentes, y otro tanto sucederá con los despidos disciplinarios que merezcan igual calificación. Por otra parte para que las decisiones extintivas improcedentes impidan la jubilación activa es necesario que afecten al mismo grupo profesional al que pertenezca el trabajador jubilado.

Es claro que esta exigencia pretende obligar a las empresas a mantener el nivel de empleo, pero no se entiende bien que se aplique a supuestos en los que el trabajador que se jubila ya viene prestando servicios en la empresa, pues en estos casos su derecho al acceso a la jubilación activa queda condicionado al cumplimiento de unas exigencias empresariales que le son totalmente ajenas, por lo que su derecho a percibir el 50 por 100 de la pensión de jubilación y a continuar trabajando a jornada completa va a depender de la política de empleo de la empresa en los seis meses precedentes.

Por otra parte, una vez iniciada la compatibilidad de pensión y trabajo, la empresa deberá mantener durante la vigencia del contrato del pensionista de jubilación el nivel de empleo existente antes del inicio de la compatibilidad, tomando como referencia el promedio diario de trabajadores en alta durante los noventa días anteriores.

No se consideran incumplidas las obligaciones de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario, siempre que uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato (art. 214.6 párrafo tercero TRLGSS).

Como puede apreciarse la norma no contempla otros supuestos de extinción del contrato que, a nuestro juicio, no implicarían incumplimiento de las obligaciones establecidas en la norma, como serían los supuestos de extinción de contrato a instancia del trabajador por no aceptación del traslado (art. 40 ET) o la extinción que deriva de una modificación sustancial de condiciones de trabajo que ocasione perjuicios al trabajador (art. 41 ET).

Con relación al incumplimiento de esta obligación no establece la norma cuales hayan de ser las consecuencias que ocasiona ni en que manera incide sobre la pensión de jubilación activa reconocida al trabajador, debiendo entender que su concurrencia no deberá afectar a la pensión, pues no parece razonable que la actuación posterior de la empresa pueda traducirse en una supresión de la pensión de jubilación o en la obligación de reintegro de las cantidades percibidas, pareciendo más razonable entender que sea la empresa la que asuma, en su caso, las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones en esta materia, incluso por la vía de ser sancionada conforme a la LISOS, de forma que, cuando menos, se podrá reclamar a la empresa la diferencia entre las cuotas normales y la cotización especial satisfecha por el pensionista/trabajador.

Si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado al menos a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento (art. 214.2, párrafo 2º TRLGSS introducido por la Disposición final quinta de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo), debiendo matizarse que esta compatibilidad solo afecta al pensionista de jubilación que, actuando como persona física, haya quedado incluido en el campo de aplicación del RETA, quedando excluidos por tanto quienes por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del trabajador autónomo hayan quedado incluidos también en el campo de aplicación de dicho régimen especial. En este caso de compatibilidad entre la realización de una actividad por cuenta propia y el percibo de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100 por 100, el contrato de trabajo por cuenta ajena cuya acreditación se exige podrá ser celebrado a jornada completa o parcial, entendiéndose también cumplido este requisito si el trabajador autónomo acredita la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo que de lugar a la inclusión del trabajador por cuenta ajena en el Sistema Especial de Empleados del Hogar²⁰, criterio que se ha dejado sin efecto. Este tema ha accedido a los tribunales sin criterio unánime, así el TSJ de Castilla-León (Burgos)²¹ reconoce el derecho a compatibilizar el cien por cien de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia, por el hecho de tener dado de alta a una trabajadora como empleada de hogar y con criterio contrario el STSJ de Navarra²².

²⁰ Vid. Criterio de gestión del INSS 26/2017, de 23 de noviembre, dejado sin efecto.

²¹ En sentencia de 19 de junio de 2019, rec. 347/2019.

²² En sentencia de 23 de mayo de 2019, rec. 167/2019.

Como se ha dicho anteriormente el criterio inicial del INSS, ha quedado sin efecto y en la actualidad el Criterio de Gestión 7/2018, de 21 de marzo mantiene el requisito de tener dado de alta al menos a un trabajador por cuenta ajena para poder percibir el 100 por 100 de la pensión de jubilación, y dicho trabajador ha de estar vinculado a la actividad del trabajador autónomo, criterio que parece razonable y que descartaría la posibilidad de percibir el cien por cien contratando de una persona trabajadora de hogar, a tiempo parcial.

A mayor abundamiento, el voto particular de la STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019, objeto de comentario, centra uno de sus argumentos jurídicos en el análisis y aplicación del art. 214.2 TRLGSS para denegar el derecho de la pensión de jubilación activa total al autónomo societario, al entender que solo puede acreditar dicho requisito “el pensionista de jubilación que, actuando como persona física, haya quedado incluido en el campo de aplicación del RETA en virtud del art. 1 del art. 305.2.b) TRLGSS, pues solo en este supuesto el trabajador por cuenta ajena es contratado por el trabajador autónomo titular de la pensión de jubilación”²³

6. COMPATIBILIDAD CON EL TRABAJO AUTÓNOMO ¿QUÉ TRABAJADOR AUTÓNOMO?

6.1. Trabajador autónomo persona física y/o jurídica: literalidad del precepto

La Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo en su DF 5ª introdujo la modificación del art. 214y 5TRLGSS señalando que “la cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento 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, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento”.

De forma que la cuestión jurídica a determinar se centra en la necesaria delimitación de "la actividad por cuenta propia" a la que alude el art. 214. 2 TRLGSS, es decir, referida al trabajador autónomo, persona física, o también incluiría al administrador único, que realiza el contrato en nombre de una sociedad, o cualquier tipo de autónomo societario.Una cuestión desde luego no exenta de pronunciamientos contrarios en suplicación y desde nuestro punto de vista necesitada del correspondiente pronunciamiento por parte de la Sala 4ª del TS.

6.2. Razonamiento Jurídico de la STSJ Galicia: compatibilidad de la jubilación activa total para el autónomo societario

La STSJ Galicia de 28 de mayo de 2019 objeto de comentario interpreta de forma extensiva la condición del trabajador autónomo tanto en su condición de autónomo persona física, como autónomo societario con el efectivo control de la sociedad en base a unas conclusiones muy razonadas y argumentadas con el espíritu del concepto de envejecimiento

²³ Vid. Fdojco primero voto particular STSJ Galicia, objeto de comentario.

activo. El Magistrado ponente además coautor de una investigación en la materia²⁴ sienta una interpretación novedosa y global con cuatro argumentos que analizaremos por ser muy fundados en derechos y diferentes de los argumentos que acogen el mismo criterio la STSJ del País de 11 de diciembre de 2018²⁵ pero con una matización que no estudiaremos al vincularse con un estricto análisis del juego de responsabilidades de los autónomos societarios.

Así, la primera fundamentación, en el marco normativo internacional y europeo, de la prohibición de discriminación por razón de edad y del establecimiento de mecanismos flexibles y graduables relacionados con el envejecimiento activo, “recomienda a las legislaciones nacionales posibilitar a las personas receptoras de pensión de jubilación la continuación de una actividad profesional, especialmente a tiempo parcial, así como también la posibilidad de constituirse en trabajadores por cuenta propia” (Recomendación 162 de la OIT, 1980, sobre los trabajadores de edad, apartado 30.3.b), o la inclusión en cualquier forma de actividad remunerada (Recomendación 82/857/CEE)²⁶.

En segundo lugar, el importante fundamento jurídico tercero interpreta que “la Comisión de Seguimiento del Pacto de Toledo recomienda que “hay que introducir esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión” y que “resulta adecuada, en la misma línea que otros países de nuestro ámbito, una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral”²⁷.

En tercer lugar, el magistrado ponente entiende que esta es la finalidad que inspira tanto la Exposición de Motivos como los arts. 1 al 4 del RDL 5/2013, de 15 de marzo²⁸, es decir, “favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores”.

En cuarto lugar, porque el actual art. 214 TRLGSS profundiza “en la política de envejecimiento activo, pero adhiere a la norma (...) una medida de política de empleo”, y la interpretación del autónomo que contrata a través de “una sociedad de la cual tiene su control efectivo siempre que se mantenga el nivel de empleo” entendiéndose que así se privilegia “el principio de primacía de la realidad al no establecer distingos formalistas en perjuicio de quienes, aún constituyendo una sociedad formalmente contratante dentro de los cauces de la legalidad vigente, continúan siendo en la realidad los empresarios de hecho y, como tales empresarios de hecho, cumplen con las exigencias materiales establecidas en la norma en relación con el mantenimiento del nivel de empleo en la empresa que regentan”²⁹.

²⁴ LOUSADA AROCHENA J.F., RON LATAS R.P., La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo, Laborum, Murcia, págs. 120 y ss.

²⁵ Rec. 2256/2018.

²⁶ De 10 de diciembre de 1982, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación.

²⁷ Recomendación 25/1/2011.

²⁸ Vigente Art. 214 TRLGSS.

²⁹ Fdo Jco Tercero, *in fine.*; Vid LOUSADA AROCHENA J.F., RON LATAS R.P.: *La compatibilidad ...* op.cit.pág. 124 y ss.

Y por último, la mayoría de la Sala de lo Social del STSJ Galicia ha entendido que la intención del legislador de favorecer “el envejecimiento activo es de tal determinación que la posibilidad de compatibilizar hasta el 100% incluso se pretende extender los demás trabajadores por cuenta propia, lo que supondría permitir esa compatibilidad total a los que no tienen contratados otros trabajadores”³⁰.

Debemos de precisar que si se tratará de un trabajador autónomo integrado en una comunidad de bienes que tiene de alta a trabajadores por cuenta ajena, los Tribunales han entendido por unanimidad que se tiene derecho a la pensión de jubilación activa plena³¹.

6.3. Voto particular

El magistrado que emite el voto particular se adhiere a la doctrina mayoritaria mantenida, entre otras, en las SSTSJ de Asturias de 26 de diciembre de 2018³² y 29 de enero de 2019³³, Castilla y León de 23 de enero 2019³⁴, 6 de noviembre de 2018³⁵ y 8 de marzo de 2019³⁶ y Madrid 11 de julio de 2019³⁷ que han entendido que para tener derecho a la pensión de envejecimiento activo global se debe interpretar que la exigencia de la contratación de trabajadores por cuenta ajena lo sea como autónomo persona física a tenor del art. 305.1 TRLGSS es decir en el ámbito de aplicación del RETA y no autónomo persona jurídica. Este argumento trae a colación el criterio mantenido por la Sala de lo Social del mismo TSJ de Galicia de fecha 14 de febrero de 2019, rec. 4802/2018 (diferente sección).

Los argumentos del magistrado que suscribe el voto particular circunscribe el derecho de la jubilación activa plena a la condición de autónomo, persona física, es decir, trabajador que realiza de forma habitual, directa y personal, una actividad lucrativa. El trabajo por cuenta propia no es lo mismo que el trabajo autónomo³⁸ aunque todo trabajo por cuenta propia es autónomo, “Estarán obligatoriamente incluidas en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos las personas físicas mayores de dieciocho años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, en los términos y condiciones que se determinen en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo” (art. 305 TRLGSS).

De forma que, el voto particular incide precisamente en esta argumentación legal contenida en el art. 305.2 TRLGSS, es decir, la jubilación activa plena no es de aplicación a los pensionistas de jubilación incluidos en el RETA por su condición de societarios o

³⁰ Entrecomillados, Fdo. Jcoterecero STSJ Galicia comentada, e incorporados págs. 126 y 127 LOUSADA AROCHENA y RON LATAS R.P., *La compatibilidad...* op.cit.

³¹ SSTSJ Castilla-León (Valladolid) 15 de mayo de 2019, rec. 175/2019; País Vasco 11 de diciembre de 2018, rec. 2256/2018, 6 de noviembre de 2018, rec. 1960/2018; 9 de octubre de 2018, rec. 1746/2018).

³² Rec. 2239/2018.

³³ Rec. 2731/2018.

³⁴ Rec. 1821/2018.

³⁵ Rec. 1179/2018.

³⁶ Rec. 1999/2018.

³⁷ Rec. 46/2019.

³⁸ *In extenso*, Gómez Muñoz J.M. (Dir): El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas, Bomarzo, Albacete, 2019.

entidades sin personalidad de conformidad con lo previsto en el citado artículo 305.2 TRLGSS ya que en estos supuestos la inclusión en el RETA viene determinada por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta de trabajador autónomo.

La doctrina contenida en el voto particular resulta también muy argumentada y continuada por resoluciones citadas que sintetizamos en cuatro fundamentos que reproducimos³⁹:

a) Atendiendo al concepto de trabajador autónomo, esto es, “trabajador independiente, empresario individual, la persona física que realiza de forma habitual, personal y directa, una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción a contrato de trabajo, y aunque eventualmente utilice el servicio remunerado de otras personas”;

b) Delimitación expresa del art. 305 TRLGS “distingue entre los trabajadores por cuenta propia o autónomos, personas físicas que realizan de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, en los términos y condiciones que se determinen en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo (305.1) y aquellas personas que, a efectos de esa ley, se declaran expresamente comprendidas en el régimen especial, entre otros quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal o directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella, entendiéndose en todo caso que se produce tal circunstancia cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social... (305.2.b)”;

En este último precepto, “contrata la sociedad, que es el empresario, no la persona física jubilada”.

c) Delimitación del requisito legal del art. 214.2 TRGSS, “solo puede ser acreditado por el pensionista de jubilación que, actuando como persona física, haya quedado incluido en el campo de aplicación del RETA en virtud del apartado 1º del artículo 305 del mismo texto legal, pues solo en este supuesto el trabajador por cuenta ajena es contratado por el trabajador autónomo titular de la pensión de jubilación” y

d) “En cuanto al espíritu de la Ley 6/2017 y su preámbulo, éste evidentemente es favorecer que no se extingan puestos de trabajo como consecuencia de la jubilación del empresario, pero ese aspecto negativo de la jubilación del empresario solo se produce en los casos en los que este es una persona física, pues la persona jurídica no puede despedir como consecuencia de la jubilación de uno de los socios o del gerente de la empresa”. El artículo 214.2, párrafo 2º TRLGSS, exige que la actividad que se realiza por cuenta propia acredite tener contratado un trabajador por cuenta ajena y esa situación no se produce en el caso que nos ocupa, pues la contratación por cuenta ajena no es del trabajador-persona física, sino por

³⁹ Los cuatro primeros motivos acogidos por la STSJ Asturias de 29 de enero de 2019, rec. 2731/2018. En el mismo sentido y en supuestos análogos, se ha pronunciado las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 6 de noviembre de 2018, 23 de enero de 2019 y 6 de marzo de 2019, y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 26 de diciembre de 2018 y 29 de enero de 2019.

una persona jurídica, lo que se encuentra extra muros del requisito exigido por el precepto referido”⁴⁰.

A mayor abundamiento debemos analizar que tipo de contrato ha de tener suscrito el trabajo por cuenta propia como exige el art. 214.2 párrafo 2 TRLGSS para que la cuantía de la pensión de jubilación activa sea del cien por cien. Legalmente la ley no dice nada, pero el INSS en el Criterio de gestión 26/2017, de 23 de noviembre aprobado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, que posteriormente ha dejado sin efecto, admitió la posibilidad de reconocer el cien por cien de la pensión, aunque se tuviera dado de alta a un trabajador del Sistema Especial de Empleados de Hogar. Esta cuestión jurídica ha accedido a los Tribunales y así el TSJ de Castilla-León (Burgos) en Sentencia de 19 de junio de 2019 rec. 347/2019, ha reconocido el derecho a compatibilizar el cien por cien de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia, por el hecho de tener dado de alta a una trabajadora como empleada de hogar⁴¹.

Sin embargo, como he dicho anteriormente el criterio inicial del INSS, se ha dejado sin efecto y en la actualidad⁴² lo que si mantiene es que el requisito de tener dado de alta al menos a un trabajador por cuenta ajena para poder percibir el 100 por 100 de la pensión de jubilación, es que dicho trabajador ha de estar obligatoriamente vinculado a la actividad del trabajador autónomo, criterio que parece razonable y que descartaría la posibilidad de percibir el cien por cien contratando un empleado/a de hogar, a tiempo parcial. Lo que entendemos que no se discute es que el contrato de trabajo por cuenta ajena a que se refiere el art. 214. 2 TRLGSS pueda ser concertado a tiempo parcial o a jornada completa⁴³, con lo cual bastaría contratar a un trabajador por cuenta ajena por muy pocas horas para tener derecho al cien por cien de la pensión⁴⁴.

Y por último el criterio de gestión del INSS 18/2018 que ha venido ha señalar que una interpretación literal del precepto comentado nos lleva a entender que este requisito solo pudiera ser acreditado por el trabajador autónomo persona física adscrito al RETA en virtud del art. 305.1 TRLGSS. Solo en estos supuestos el trabajador por cuenta ajena será contratado por el trabajador autónomo pensionista de jubilación. Por tanto, esta medida no será de aplicación a los pensionistas de jubilación incluidos en el RETA de conformidad con lo previsto en el artículo 305.2 b), c), d), e) y l) del TRLGSS, ya que en estos supuestos la inclusión en el RETA viene establecida por su condición de consejero o administrador, socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias, socios trabajadores de SL o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del trabajador autónomo, entidad que en virtud de su personalidad jurídica propia actúa como empresario ante la Tesorería General de la Seguridad Social⁴⁵, es decir, los autónomos societarios no tienen derecho a la prestación de jubilación activa del 100 por 100, sino a la

⁴⁰ Literalidad de los fundamentos jcos de las SSTSJ Castilla y León (Valladolid) de 6 de noviembre de 2018, rec. 1179/2018, 23 de enero de 2019, rec. 1821/2018.

⁴¹ En contra de este criterio se ha pronunciado el TSJ Navarra, en sentencia de 23 de mayo de 2019, rec. 167/2019.

⁴² Criterio de Gestión 7/2018, de 21 de marzo.

⁴³ CERVILLA GARZÓN M.J., “La política de fomento del envejecimiento...” op. cit. pág. 230.

⁴⁴ También se ha planteado la posibilidad de hacer compatible el cien por cien de la pensión de jubilación con la contratación de un trabajador por cuenta ajena incluido en el sistema especial agrario, con cotización por jornadas reales, cuestión esta resuelta por el Criterio de Gestión INSS 17/2018, de 20 de junio.

⁴⁵ Criterio de gestión 18/2018, de 26 de julio de 2018 aprobado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica., cambio de criterio respecto al Criterio de gestión 26/2017.

prestación de jubilación activa del 50 por 100. Este es el actual criterio de gestión del INSS coincidente con el voto particular de la Sentencia objeto de comentario y con la doctrina judicial subrayada con anterioridad y a la que se adhiere algún sector de la doctrina científica⁴⁶.

7. CONCLUSIONES

La práctica judicial siempre resulta más abierta y camina siempre por delante que la Ley, es cierto, de ahí que sea deseable que la Sala 4ª del TS en unificación de doctrina identifique a que trabajador autónomo se refiere el art. 214. 2 TRLGSS, trabajador autónomo persona física y persona jurídica, o solo al trabajador autónomo persona física como beneficiario de la pensión de jubilación activa del 100 por 100 o lo que se conoce como envejecimiento activo global.

Como hemos comentado anteriormente el envejecimiento activo es pluridimensional y está relacionado con factores no solo demográficos, que desde luego afectan a la médula ósea de la Seguridad Social, esto es, a su financiación. Además es una realidad y pacífica que el aumento de la expectativa de vida implica el incremento del número de mayores de 65 años (más mujeres que hombres) y por tanto mayor crecimiento constante de pensionistas unido a un descenso o crecimiento negativo de la población, creciendo lógicamente el gasto en pensiones.

El volumen de jubilaciones derivadas del envejecimiento activo es muy limitado⁴⁷, y según los datos que se poseen, el 80% de las mismas corresponden a solicitudes de trabajadores autónomos⁴⁸ de difícil implantación por consiguiente en el ámbito del trabajo asalariado por cuenta ajena⁴⁹. Las luces y sombras en la construcción de esta prestación de jubilación activa global han puesto de relieve su fragilidad e inseguridad manifestada adicionalmente por los cambios en los criterios técnicos de gestión del INSS y en la doctrina judicial en los diferentes TSJ que han analizado la materia, incluso en el mismo TSJ de Galicia en ambas secciones mantienen criterios diferentes.

En cuanto al espíritu de la Ley 6/2017 Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo y de su Exposición de Motivos entendemos que es favorecer

⁴⁶ GOERLICH PESET JM y GARCÍA ORTEGA J. “La reforma del Régimen de Autónomos en la Ley 6/2017”, *Revista Información Laboral*, núm. 12 (2017), pág. 4. En contra, LOUSADA AROCHENA J.F, y RON LATAS R.P: La compatibilidad... op.cit.; CERVILLA GARZÓN M.J. “La política de fomento del envejecimiento... op.cit. pág. 232, la autora advierte su preocupación de que la exclusión para los autónomos societarios, “pueda conllevar el cierre de empresas societarias para que los autónomos puedan acceder al 100% de la pensión, en base a que debe facilitarse la continuidad de los negocios y a que otra interpretación es contraria a la finalidad legislativa de la norma”.

⁴⁷ BAYLOS GRAU A. “Protección jurídica de las personas mayores. Tutela del empleo y envejecimiento activo” en III congreso internacional y XVI nacional de la AESSS por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible...op.cit. pág. 26.

⁴⁸ ESTEBAN LEGARRETA, E., DESBARATS, I., “Grandes tendencias legislativas en materia de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo en Francia y en España ¿Una muestra de la adaptación al envejecimiento?, *Revista Documentación Laboral* Vol. 4, núm. 112, 2017, pág. 182.

⁴⁹ BAYLOS GRAU A. Protección jurídica de las personas mayores. Tutela del empleo y envejecimiento activo” en III congreso internacional y XVI nacional de la AESSS por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible...op.cit. pág. 26.

que no se extingan puestos de trabajo como consecuencia de la jubilación del empresario, pero ese aspecto negativo de la jubilación del empresario solo se produce en los casos en los que este es una persona física, pues la persona jurídica no puede despedir como consecuencia de la jubilación de uno de los socios o del gerente de la empresa, por ejemplo, argumento que permite no reconocer esta pensión a los autónomos societarios.

El artículo 214.2, párrafo 2º TRLGSS, exige que la actividad que se realiza por cuenta propia acredite tener contratado un trabajador por cuenta ajena y esa situación no se produce en la Sentencia del TSJ que analizamos tal y como está redactado el precepto citado, pues en el caso la contratación por cuenta ajena no es del trabajador-persona física, sino por una persona jurídica, lo que se encuentra extra muros del requisito exigido por el precepto referido⁵⁰. Ahora bien, impedir tal posibilidad a los autónomos societarios ¿supondría un obstáculo no previsto ni pretendido por el legislador?⁵¹.

⁵⁰ Literalidad de los fundamentos jcos de las SSTSJ Castilla y León (Valladolid) de 6 de noviembre de 2018, rec. 1179/2018, 23 de enero de 2019, rec. 1821/2018.

⁵¹ Para nosotros es un interrogante, pero resulta una afirmación para CERVILLA GARZON M.J.: "Criterios jurisprudenciales recientes sobre la jubilación activa de los trabajadores por cuenta propia", en POR UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN, ADECUADA, SEGURA Y SOSTENIBLE, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Tomo II, pág. 180.