

**LA JUBILACIÓN ACTIVA PLENA Y SU APLICACIÓN
A LOS AUTÓNOMOS SOCIETARIOS: UNA CUESTIÓN
CONTROVERTIDA TRAS LA LEY 6/2017, DE 24
DE OCTUBRE, DE REFORMAS URGENTES
DEL TRABAJO AUTÓNOMO**

Sentencia núm. 358/2018 del JS n.º 3 de Oviedo, de 17 de julio

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Con fecha de 30 de octubre de 2017 el trabajador solicitó la pensión de jubilación activa en cuantía equivalente al 100 por 100 de su base reguladora, alegando que tanto él como su mujer estaban afiliados y dados de alta en el RETA y que tenían a su cargo a tres trabajadores por cuenta ajena. Pero tal petición fue rechazada por el INSS en base a que el trabajador no reunía las condiciones exigidas por el art. 214.2 LGSS, párrafo 2º, para acceder a la modalidad de jubilación pretendida; en particular: «[...] tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena [...]». Y es que, a criterio de la Entidad Gestora, no podía considerarse que el solicitante de la pensión tuviera individual y personalmente contratado a algún trabajador por cuenta ajena al figurar, como entidad contratante, la sociedad limitada en la que aquél desarrollaba su actividad profesional constando como socio fundador de la misma.

Frente a dicha resolución, el afectado interpuso reclamación previa que fue parcialmente acogida por el INSS, al reconocerle la pensión de jubilación activa pero en cuantía equivalente al 50 por 100 de su base reguladora.

RESUMEN: La denominada «jubilación activa», regulada en el art. 214 LGSS, fue introducida en nuestro sistema de Seguridad Social mediante RD-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».

Pocos años más tarde, esta posibilidad legal fue mejorada para el colectivo de trabajadores por cuenta propia por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, «de reformas urgentes del trabajo autónomo», cuya Disp. Final Quinta dio nueva redacción al

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

citado art. 214.2 LGSS al objeto de permitirles compatibilizar, con su actividad profesional, el 100 por 100 de la pensión de jubilación que tuvieran derecho a causar. Sin embargo, el propio precepto supeditó esta compatibilidad plena al condicionante de tener contratado a algún trabajador asalariado, generando con ello la duda interpretativa sobre la que se pronuncia el Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo en su Sentencia núm. 358/2018, de 17 de julio de 2018, acerca de la inclusión de los trabajadores encuadrados en el RETA en calidad de socios capitalistas en esta nueva modalidad de jubilación.

ÍNDICE

1. LA IRRUPCIÓN DE LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL CON EL RD-LEY 5/2013, DE 15 DE MARZO
2. LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL TRABAJO AUTÓNOMO TRAS LA LEY 6/2017, DE 24 DE OCTUBRE
3. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA JUBILACIÓN ACTIVA PLENA A LOS AUTÓNOMOS SOCIETARIOS
4. OTRAS POSIBILIDADES LEGALES DE COMPATIBILIZAR PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y TRABAJO POR CUENTA PROPIA

1. LA IRRUPCIÓN DE LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL CON EL RD-LEY 5/2013, DE 15 DE MARZO

En un contexto de crisis económico-financiera y como medida que contribuyera a garantizar la tan cuestionada sostenibilidad del nuestro sistema público de pensiones, el RD-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», reguló en su Capítulo I (arts. 1 a 4), bajo la rúbrica «Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo», la actualmente conocida como «jubilación activa» o «envejecimiento activo», consistente en la posibilidad de simultanear el ejercicio de cualquier actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial, con el percibo de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 50 por 100 del importe resultante en su reconocimiento inicial (una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública), o del importe que ya se estuviera percibiendo en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo (excluido, en todo caso, el complemento por mínimos).

De esta manera, se introducía en el sistema de Seguridad Social una nueva excepción a la tradicional regla general de incompatibilidad entre el disfrute de la pensión de jubilación y el trabajo del pensionista (regla mantenida en el art. 213.1 de la vigente LGSS, aprobada por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), quedando justificada su implantación, según el Preámbulo del propio RD-Ley 5/2013, en la necesidad de «favorecer la prolongación de la vida laboral activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores».

Además, la misma norma recordaba, al objeto de incidir en la conveniencia de adoptar la modalidad de jubilación en ella configurada, que si bien la posibilidad de compatibilizar pensión de jubilación y trabajo se encontraba bastante restringida en el ordenamiento español, su reconocimiento legal era habitual en países del entorno y constituía, a su vez, una medida que –junto al resto de las adoptadas por la norma reglamentaria en el ámbito de la jubilación anticipada, la jubilación parcial, la lucha contra el fraude y las políticas de empleo– permitiría satisfacer las Recomendaciones del Consejo de la UE de 10 de julio de 2012, en relación a la sostenibilidad del sistema de pensiones y el impulso del envejecimiento activo.

No obstante, aunque el nuevo supuesto de compatibilidad se extendió a todos los regímenes del sistema de Seguridad Social (salvo al de clases pasivas del Estado, que se regirá por lo dispuesto en su normativa específica *ex art. 1.1 RD-Ley 5/2013*), no se universalizó sin más condicionantes a todos los pensionistas de jubilación que quisieran mantener su vida laboral activa o retornar a la misma, sino que quedó reservado para aquéllos que accedieran a la jubilación ordinaria tras acreditar una larga carrera de cotización. En concreto, son dos los requisitos

legales a los que el art. 2 RD-Ley 5/2013 supeditaba, y el actual art. 214.1 LGSS continúa supeditando, el derecho a disfrutar de esta modalidad de compatibilidad entre trabajo y pensión:

El primero exige que, el acceso a la pensión de jubilación, se haya producido tras el cumplimiento de la edad ordinaria legalmente establecida; esto es, «una vez cumplida la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el art. 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social» (art.205.1.a) y Disp. Transitoria Séptima de la actual LGSS). Por lo que resulta evidente, de un lado, que sólo se podrá acceder a esta modalidad de compatibilidad desde la condición de pensionista, y no desde la condición de trabajador activo, al ser necesario que el interesado tenga reconocido el derecho a la pensión de jubilación ordinaria; y, de otro lado, que la compatibilidad con el trabajo sólo será admisible –como advierte el propio art. 214.1 a) LGSS- cuando se trate de la pensión de jubilación ordinaria y no de cualquier otra modalidad de jubilación, quedando en consecuencia excluidas las «jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado».

El segundo condicionante para disfrutar de la jubilación activa es que la pensión de jubilación ordinaria a la que tenga derecho el interesado sea equivalente al 100 por 100 de la base reguladora que le corresponda. Lo que implica entender (teniendo en cuenta que, en la pensión contributiva de jubilación, el porcentaje aplicable a la base reguladora está en función de los años cotizados *ex art.* 210.1 y Disp. Transitoria Novena de la LGSS) que sólo podrán acogerse a la jubilación activa quienes, a lo largo de su vida laboral, hayan completado una larga carrera de cotización: como mínimo, 35 años y 6 meses hasta el año 2019; 36 años del año 2020 al 2022; 36 años y 6 meses del año 2023 al 2026; y 37 años a partir del año 2027.

En cualquier caso, el principal problema aplicativo generado por este segundo requisito ha sido el de determinar qué cotizaciones se han de computar para comprobar si se alcanza o no el porcentaje del 100 por 100 requerido por la norma para acceder a la jubilación activa. Cuestión sobre el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de pronunciarse en su Sentencia de 30 de mayo de 2017 (Rec. 2268/2015), indicando que «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», tomando en consideración exclusivamente los periodos cotizados y «sin que, por ende, sea posible alcanzar el porcentaje del 100 por 100 cuestionado con cotizaciones posteriores a la jubilación», es decir, añadiendo los porcentajes adicionales generados *ex art.* 210.2 LGSS por los días trabajados y cotizados con posterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. De lo contrario, aceptar que el porcentaje del 100 por 100 se pudiese alcanzar con cotizaciones posteriores a la jubilación, sería a juicio del Alto Tri-

bunal contrario al espíritu de la norma que regula la jubilación activa, que no es otro que el de «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». Máxime teniendo en cuenta que, estas cotizaciones realizadas tras alcanzar la edad ordinaria de jubilación, son «de menor cuantía, al ser sólo por incapacidad temporal y contingencias profesionales» y permitirían «alcanzar el porcentaje del 100 por 100 de la pensión sin cotizar por la contingencia de jubilación», discriminando favorablemente a quien cotizó menos sin ninguna justificación.

Cumplidos ambos requisitos (acceso a la jubilación a la edad ordinaria y percibo de la pensión en cuantía equivalente al 100 por 100 de su base reguladora), la norma permite compatibilizar el disfrute de la pensión de jubilación con la realización de cualquier tipo de trabajo que desee realizar el pensionista, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo parcial o incluso a tiempo completo, siendo igualmente irrelevante –al no exigir nada al respecto– que la actividad a desempeñar sea la misma o diferente de la que le permitió causar la pensión de jubilación.

A lo que se ha de añadir, para concluir, los beneficios que en materia de cotización conlleva el ejercicio de la actividad profesional compatibilizada con la pensión, al quedar limitada en estos casos la obligación de cotizar a los conceptos de contingencias profesionales e incapacidad temporal, sin perjuicio de la «cotización especial de solidaridad» a la que quedará en todo caso sujeto el jubilado activo, por un importe equivalente al 8 por 100 de su base por contingencias comunes, y no computable a efectos de prestaciones. Así lo establecía el art. 4 RD-Ley 5/2013, cuyo contenido se encuentra actualmente reproducido en el art. 153 LGSS, para el caso de que el trabajo simultaneado con la pensión sea por cuenta ajena, y en el art. 309 LGSS, para el caso de que el trabajo realizado sea por cuenta propia.

2. LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL TRABAJO AUTÓNOMO TRAS LA LEY 6/2017, DE 24 DE OCTUBRE

Con la aprobación del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, mediante RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, la regulación contenida en los arts. 1 a 4 del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, en relación a la jubilación activa como nuevo supuesto de compatibilidad entre trabajo y pensión, quedó reubicada en el art. 214 de la nueva LGSS bajo el título «pensión de jubilación y envejecimiento activo», y en los arts. 153 y 309 de la misma, destinados a regular la cotización en estos casos en el sentido avanzado en el apartado anterior.

Tras esta mera modificación formal que, como es de suponer dado el instrumento normativo empleado, no alteró sustancialmente el régimen jurídico de la

jubilación activa, la Ley 6/2017, de 24 de octubre, «de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo», volvió a incidir en esta modalidad de jubilación a través de su Disp. Final Quinta, por la que se modificaron los apartados 2 y 5 del art. 214 LGSS, dándoles la redacción que se mantiene en la actualidad, y se añadió, al mismo texto legal, la Disposición Final Sexta bis.

El propósito de esta reforma –inserta en el marco de una reforma general que incluía un conjunto de medidas con las que se pretendía contribuir en la mejora de las condiciones en que desarrollan su actividad los trabajadores autónomos, «garantizando su expectativas de futuro y, con ello, la creación de riqueza productiva en nuestro país» (Preámbulo de la Ley 6/2017)- fue el de mejorar las posibilidades de compatibilizar la pensión de jubilación con el desempeño de una actividad profesional por cuenta propia, dejando al margen de los cambios introducidos los supuestos en los que la actividad profesional simultaneada fuera por cuenta ajena.

En particular, se añadió un segundo párrafo al apartado 2 del art. 214 LGSS, en el que se establece que la cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo podrá alcanzar el 100 por 100 de la misma (esto es, 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-), cuando la actividad profesional desempeñada se ejecute por cuenta propia. Lo que ha supuesto consagrar la plena compatibilidad entre el trabajo por cuenta propia, con independencia del régimen de Seguridad Social en el que esté encuadrada dicha actividad, y la pensión de jubilación, que podrá percibirse íntegramente, sin ninguna reducción, y con independencia de los ingresos que se obtengan de la actividad profesional o del tiempo de dedicación invertido en su ejecución.

Ahora bien, para disfrutar de esta compatibilidad absoluta entre trabajo y pensión, no basta con que el pensionista de jubilación se mantenga en activo como trabajador por cuenta propia, sino que además es necesario que, como tal (y junto a los requisitos generales exigidos para acceder a esta modalidad de jubilación: haber accedido a la jubilación ordinaria y tener derecho a una pensión equivalente al 100 por 100 de la base reguladora) acredite «tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena», actuando en consecuencia como empleador. En caso contrario, es decir, si no cuenta con ningún trabajador contratado en régimen laboral bajo cualquier modalidad contractual, pero sí reúne el resto de condiciones exigidas para causar derecho a la jubilación activa, es evidente que sólo podrá compatibilizar con su actividad profesional por cuenta propia el 50% de la pensión de jubilación que se le haya reconocido o que esté percibiendo.

De otro lado, es también destacable –como hemos avanzado- la previsión que la misma reforma introdujo en la Disposición Final Sexta bis de la LGSS, señalando que «con posterioridad, y dentro del ámbito del diálogo social, y de 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 artículo 214 de la presente Ley». Con lo que quedó manifestada la voluntad legislativa de conseguir universalizar la compatibilidad plena entre pensión de jubilación y trabajo, extendiéndola a todo trabajo por cuenta ajena¹ y por cuenta propia con independencia, en este último caso, de que el trabajador ostente o no la condición de empleador.

Y por último interesa resaltar –dada su relación con la sentencia comentada–, desde la aprobación del nuevo párrafo segundo del art. 214.2 LGSS, han sido varios y cambiantes los criterios interpretativos adoptados sobre el mismo por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS), con carácter puramente orientativo e ilustrativo.

Así, en relación al requisito de tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la DGOSS sostuvo en un primer momento que su cumplimiento sólo podía ser acreditado por el pensionista de jubilación que, actuando como persona física, hubiera quedado incluido en el RETA *ex art.* 305.1 LGSS (pues, sólo en estos casos, el trabajador por cuenta ajena podía ser directamente contratado por el trabajador autónomo titular de la pensión de jubilación), y no por aquél cuya alta en el RETA se hubiera efectuado, al amparo del art. 305.2 LGSS, apartados b), c), d), e) y l), en calidad de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del propio trabajador autónomo, al ser en estos casos la entidad la que, en virtud de su personalidad jurídica propia, actúa como empresario-empleador ante la TGSS (Criterio de Gestión 26/2017, de 21 de noviembre).

Interpretación que fue posteriormente matizada por el mismo organismo aclarando que, el acceso a la nueva modalidad de jubilación activa, también debe permitirse en aquellos supuestos en los que, la contratación del trabajador por cuenta ajena, no se acredita por la entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del trabajador autónomo, sino por el propio trabajador que, pese a estar comprendido en alguno de los supuestos del art. 305.2 LGSS, apartados b) c) d) e) y l), actúa como empresario-empleador en la celebración de dicho contrato laboral (Criterio de Gestión 7/2018, de 21 de marzo).

Y en cuanto al contrato de trabajo que debe concertar el trabajador autónomo como empleador para disfrutar de la jubilación activa plena, la DGOSS optó por una interpretación más flexible al admitir la posibilidad de que dicho contrato se celebre a jornada completa o a jornada parcial y en referencia a cualquiera de las actividades realizadas por el trabajador por cuenta propia, en el supuesto de que éste realizase varias que dieran lugar a su inclusión en el RETA. Incluso

¹ Sobre la necesidad de extender a plena compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación a los trabajadores por cuenta ajena se postulan ARRIETA, T., BLÁZQUEZ AGUDO, E., HERCE, J.A., en «Un contrato compatible» https://elpais.com/economia/2017/11/16/actualidad/1510826386_527772.html.

consideró que este requisito debía de entenderse cumplido en los supuestos en los que, como empleador, el trabajador autónomo formalizase un contrato de trabajo que diera lugar a la inclusión del trabajador asalariado en el Sistema Especial de Empleados de Hogar de la Seguridad Social, o en los supuestos de contratación de familiares siempre que éstos tuvieran la consideración de trabajadores por cuenta ajena (Criterio de Gestión 26/2017, de 23 de noviembre).

Aunque también éste criterio fue rectificado por el propio organismo al estimar más acertado interpretar que, el contrato de trabajo celebrado por el trabajador autónomo en calidad de empleador, debe enmarcarse en la actividad por la que aquél se dio de alta en el Régimen Especial, sin que en consecuencia pueda estimarse válida, a los efectos de permitirle disfrutar de la plena compatibilidad trabajo-pensión, la contratación laboral de un empleado de hogar (Criterio de gestión 18/2018, de 26 de julio)

3. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA JUBILACIÓN ACTIVA PLENA A LOS AUTÓNOMOS SOCIETARIOS

Como hemos avanzado, la Sentencia núm. 358/2018, de 17 de julio de 2018, del Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo, es la primera que se pronuncia sobre una de las dudas que la reforma introducida en la jubilación activa por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, «de reformas urgentes del trabajo autónomo», suscitó entre el colectivo de trabajadores por cuenta propia; a saber: determinar si los autónomos societarios debían o no considerarse comprendidos en el derecho que el art. 214.2 LGSS, párrafo segundo, reconoce a los trabajadores por cuenta propia que a su vez actúen como empleadores, consistente en compatibilizar su actividad profesional con el 100 por 100 del importe de la pensión contributiva de jubilación que hayan devengado o tengan derecho a devengar.

En el supuesto enjuiciado, el trabajador autónomo se hallaba encuadrado en el RETA en calidad de socio mayoritario y administrador único de una Sociedad Limitada donde prestaban sus servicios tres trabajadores por cuenta ajena, y el INSS le denegó la posibilidad de disfrutar de la plena compatibilidad entre trabajo y pensión –regulada en el precepto antes citado– argumentando que no reunía el requisito de tener contratado, como mínimo, a un trabajador por cuenta ajena, al ser la entidad mercantil (y no directamente el trabajador por cuenta propia) la que figuraba como empleadora de los tres asalariados contratados.

Disconforme con esta decisión, el interesado interpuso reclamación previa que fue parcialmente acogida por el INSS mediante resolución en la que, finalmente, se le reconoció el derecho a compatibilizar su trabajo con el 50 por 100 de la pensión de jubilación, pero no su pretensión principal de acceder a la jubilación activa plena cobrando el 100 por 100 de aquélla.

Y para resolver la cuestión, la sentencia utiliza como base normativa los arts. 305 y 214 de la LGSS, reproduciendo el tenor literal de los mismos a fin de recordar, por un lado y en relación al primero de los preceptos señalados, que junto a 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 [...]», a las que alude el apartado 1 del art. 305, también se consideran trabajadores por cuenta propia a los efectos de su inclusión en el RETA los colectivos enumerados en el apartado 2 de la misma disposición legal, entre los que se encuentran «b) 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 y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella [...]». Y, por otro lado, en lo que concierne al art. 214 LGSS, recuerda la sentencia que dicha norma regula –bajo la rúbrica «pensión de jubilación y envejecimiento activo»– los términos y condiciones de la comúnmente denominada jubilación activa, resaltando que, tanto su apartado 2, párrafos 2º y 3º, como su apartado 5, fueron redactados de conformidad con la D. Final 5ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo. Ley en cuyo preámbulo reconocía que su propósito era el de articular «una serie o conjunto de medidas con las que va a ser posible continuar incidiendo en la mejora de las condiciones en que desarrollan su actividad los trabajadores autónomos, garantizando sus expectativas de futuro y, con ello, la creación de riqueza productiva en nuestro país, que constituye una de las señas definatorias del colectivo de emprendedores». Lo que reproduce literalmente la propia sentencia para sostener que, de lo expresado, claramente se deduce «la voluntad o finalidad de la norma de facilitar la continuidad de los negocios regentados por autónomos que a su vez dan empleo ajeno».

De modo que, atendiendo a estos preceptos legales, considera el Juzgado de lo Social que procede acoger la pretensión del demandante y, por consiguiente, reconocerle el derecho a lucrar la pensión de jubilación activa en cuantía equivalente al 100 por 100 de la base reguladora mensual acreditada, fundamentando su decisión en el razonamiento siguiente:

En primer lugar sostiene que, la interpretación que realiza la Entidad Gestora sobre el art. 214.2 LGSS, al considerar excluidos de su ámbito de aplicación a los autónomos societarios, es una interpretación restrictiva que ni se ajusta a la finalidad legislativa –antes citada– con la que se aprobó la norma, ni resulta del tenor literal de la misma toda vez que, como explica la sentencia, «el art. 214.2 LGSS no excluye a los trabajadores encuadrados obligatoriamente en el RETA por mor de lo previsto en el artículo 305.2 b) del mismo texto legal», sino que tan sólo declara expresamente excluidos de lo previsto en sus distintos apartados «a los

trabajadores que desempeñen un PT o alto cargo en el sector público (apartado 7º.2 del art. 214 LGSS)». Por lo que, atendiendo al principio general del Derecho que reza *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (donde la Ley no distingue no debemos distinguir), no duda el Juzgado en considerar a los autónomos societarios como potenciales beneficiarios del derecho a compatibilizar su trabajo con el 100 por 100 de la pensión de jubilación.

En segundo lugar, critica la sentencia en relación a las resoluciones dictadas por el INSS que «no se puede utilizar idéntico argumento para denegarle el reconocimiento de la pensión (incluso en el 50%), caso de la resolución de 27-11-17, y luego con acogimiento parcial de la Reclamación Previa pasar a reconocérsele la cuantía de la jubilación activa en el 50%, pero denegándosele el 100% de su cuantía con soporte en el mismo argumento inicial: “tener contratado sólo puede imputarse a una persona individual” y en el caso del demandante “su inclusión en el citado régimen especial (RETA) viene determinada por su condición de socio mayoritario y administrador único de la mercantil S.L., entidad con personalidad jurídica distinta a la del trabajador autónomo individual”. De ahí que se le diga que «los trabajadores por cuenta ajena de la citada mercantil no están contratados por usted como autónomo individual, sino por la entidad con personalidad jurídica propia y diferente o distinta en que desarrolla el actor su actividad, siendo ésta la que actuó como empresario ante la TGSS».

Y por último, pese a reconocer que los Criterios de Gestión de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social carecen de valor vinculante y sólo tienen carácter orientativo o ilustrativo, la sentencia invoca –con la finalidad de reforzar su argumentación– el criterio sentando por dicha Entidad en Consulta del 21 de marzo de 2018, según el cual «los trabajadores autónomos cuyo alta en el RETA derive –como es el supuesto– de lo prevenido en el art. 305.2 de la LGSS, apartados b), c), d), e) y l), y acrediten haber celebrado un contrato de trabajo por cuenta ajena actuando como empresarios, podrán acceder a la nueva modalidad de jubilación activa contemplada en el artículo 214.2 del TRLGSS». Criterio que la sentencia se esfuerza por trasladar al supuesto enjuiciado, resultando de ello la afirmación de que, «en el caso del art. 305.2 b) LGSS [...] aun siendo el administrador único y socio mayoritario persona física encuadrada en el RETA por razón de dicha condición, y ello con carácter obligatorio legalmente», es obvio que «quien contrata por cuenta ajena es la sociedad limitada, que tiene personalidad jurídica propia y separada de la de sus socios o partícipes, haciéndolo representada en dicho acto de contratación por la persona física administradora única de la mercantil. Por lo que no cabe exigir en el caso [prosigue afirmando la sentencia para concluir] que, el administrador único de la mercantil limitada, hoy demandante, con funciones de gerencia y dirección de la mercantil, contrate con tercero por cuenta ajena como persona física o empresario individual, por cuanto su inclusión obligada en el RETA no viene dada por dicha última condición.

4. OTRAS POSIBILIDADES LEGALES DE COMPATIBILIZAR PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y TRABAJO POR CUENTA PROPIA

Aunque es el más reciente, la jubilación activa no es el único supuesto en el que se permite al pensionista de jubilación simultanear el percibo de su prestación con el mantenimiento o inicio de una actividad profesional por cuenta propia, tal y como recuerda el propio art. 214 LGSS al indicar, en su apartado 7, que la medida que en él se regula será «aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente».

De hecho, dejando a un lado la jubilación parcial y la jubilación flexible (como fórmulas mediante las que se permite compatibilizar un trabajo a tiempo parcial con la pensión de jubilación en cuantía reducida, y cuya extensión a los trabajadores por cuenta propia se encuentra en ambos casos legalmente reconocida, pero pendiente de un desarrollo reglamentario que haga viable su aplicación a este modo de prestar servicios) son tres los supuestos en los que se ha venido permitiendo simultanear una actividad por cuenta propia con el percibo íntegro de la pensión de jubilación a la que tenga derecho el trabajador.

El primero, y más antiguo en nuestro sistema de Seguridad Social, es el previsto en el apartado 2 del art. 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), en el que se declara que la pensión de jubilación será compatible tanto «con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate» como «con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad».

Ostentar la mera titularidad de un negocio o explotación –ya sea en calidad de empresario individual o de miembro de una sociedad civil o mercantil- es evidente que no constituye en sí misma ni exige el desempeño habitual, personal y directo de una actividad profesional que, en principio, pueda impedir el percibo de la pensión *ex* art. 213.1 LGSS (regla general de incompatibilidad entre trabajo y pensión). Sin embargo, delimitar qué deba entenderse por funciones inherentes a la titularidad del negocio a los efectos de declararlas compatibles con el disfrute de la pensión, ha venido siendo una tarea controvertida en la que la jurisprudencia ha intervenido aceptando que las mismas comprenderían: dictar instrucciones directas y criterios de actuación a las personas que tengan encomendada la gestión y administración de la empresa; los actos de disposición que no sean necesarios para efectuar dicha administración; y, en caso de que el titular se asimilase a un administrador con control sobre la sociedad *ex* Disp. Adicional 27ª LGSS (art. 305.2 de la actual LGSS), las «funciones inherentes a la titularidad» también incluirían aquellas actividades que por Ley no pueden encomendarse a personas ajenas al órgano de

administración (entre otras, STS de 8 de mayo de 1986 y STSJ de Navarra de 29 de marzo de 2000, Rec. 108/2000).

Fuera de lo anterior, es decir, todo lo que comportase gestión, administración y dirección ordinaria de la empresa (firma de contratos en general, de Convenios Colectivos, solicitudes de crédito, representación en juicio y fuera de él de la empresa, firma de avales y cuantos actos jurídicos requiera la gestión y administración ordinaria de la entidad), debe reputarse –según esta doctrinal judicial- actividad incompatible con la pensión de jubilación tanto para el empresario individual como para el empresario de una sociedad mercantil, toda vez que el desempeño de tales actividades daría lugar al alta del sujeto en el sistema de la Seguridad Social en calidad de trabajador por cuenta propia.

El segundo de los supuestos de compatibilidad entre pensión de jubilación y actividad por cuenta propia se regula en el art. 213.4 LGSS, donde expresamente se declara que el percibo de la pensión de jubilación, con independencia del régimen en que se cause, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta propia del que se deriven unos ingresos totales anuales no superiores al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) en cómputo anual. De hecho, aclara el propio precepto que, el desempeño de tales trabajos, no obligará a cotizar ni generará nuevos derechos prestacionales en el ámbito de la Seguridad Social.

Dicha previsión fue introducida en nuestro sistema mediante DA 31ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto –sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social- y con ella se dio acogida legal a la corriente judicial que defendía que, la no superación del SMI, fijado precisamente para la remuneración de una entera jornada ordinaria de trabajo asalariado, también podía revelar, en su aplicación al trabajo por cuenta propia, la inexistencia de una actividad realizada con la «habitualidad» requerida por las normas para la inclusión del trabajador en el RETA. Doctrina en la que se basaría, entre otras, la STSJ de Castilla y León, de 31 de diciembre de 2003 (Rec. 1145/2003), para declarar precisamente la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el desempeño de una actividad por la que el trabajador debía estar de alta en el RETA al generarle unos ingresos superiores el umbral del SMI.

Y el tercer y último supuesto de compatibilidad, hace referencia a la posibilidad de que la pensión de jubilación pueda concurrir con la actividad por cuenta propia del profesional colegiado que, al amparo de la Disp. Adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados), hubiera optado por quedar encuadrado en la mutualidad de previsión social de su correspondiente Colegio Profesional, en lugar de darse de alta en el RETA.

A este respecto se ha de recordar que, con el fin de eliminar lo que se consideraba un privilegio de los profesionales liberales con respecto al resto pensionistas de jubilación, la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, estableció (a través de su art. Único) que el régimen general de incompatibilidad entre la pensión de jubila-

ción y el trabajo del pensionista también sería aplicable a las actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados que, en base a la Disp. Adicional 15ª de la Ley 30/1995, se hallaran exonerados de la obligación de causar alta en el RETA, con independencia de que quedaran o no integrados en una de las mutualidades de previsión social a las que la indicada disposición legal posibilita su actuación como alternativas al alta en el aquel Régimen Especial.

Sin embargo, dicha reforma tuvo una exigua duración al quedar sin efecto con la Ley 27/2011, cuya Disp. Adicional 37ª ordenó al Gobierno elaborar (sin plazo alguno en cuanto a su cumplimiento) un proyecto de ley sobre compatibilidad entre trabajo y pensión, con la advertencia de que, en tanto no se acometiera dicha regulación legal, se mantendría el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Orden Ministerial; a saber: el de permitir a los profesionales incluidos en una mutualidad alternativa al RETA simultanear tal condición con el disfrute de la pensión.

Expuestas estas tres posibilidades legales de compatibilizar trabajo por cuenta propia y pensión de jubilación, no hay duda de que las dos primeras citadas serían perfectamente aplicables al socio administrador de una entidad mercantil, siempre que éste acreditara, o bien ostentar la mera titularidad de la entidad sin desempeñar en ella ninguna actividad profesional susceptible de encuadramiento en el RETA (primer supuesto), o bien percibir por la actividad desempeñada (aun cuando ésta sea encuadrable en el RETA) unos ingresos anuales inferiores a la cuantía del SMI (segundo supuesto). Aunque, tratándose de un pensionista con una larga carrera de cotización (como ocurre en la sentencia comentada) parece razonable que se obvien ambas vías, con sus correspondientes exigencias probatorias, y se opte directamente por acceder a la jubilación activa, al ser en este caso irrelevante tanto el tipo de actividad profesional por cuenta propia que el pensionista desee realizar como los ingresos que la misma le pueda reportar. Lo que ha permitido ampliar considerablemente el radio de compatibilidad hasta el momento existente entre trabajo y pensión, facilitando y fomentando que el pensionista permanezca laboralmente activo dentro del sistema de Seguridad Social al margen de su actividad profesional.

BIBLIOGRAFÍA

- CABALLERO PÉREZ, M.J.: «La jubilación en el trabajo autónomo», en AA.VV. *La Pensión de Jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L. y López Cumbre, L. (dirs.), Ed. Comares, 2015, págs. 341-372.
- GALA DURÁN, C.: «El impacto de las últimas reformas de la jubilación en el fomento de la compatibilidad entre el trabajo y la pensión», en AA.VV. *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Sánchez-Rodas Navarro, C. y Garrido Pérez, E. (dirs.), Ed. Laborum, 2016, págs. 47-66.

- LÓPEZ ANIORTE, M.C.: «Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, págs. 55-86.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: «El imparable camino hacia la “flexi jubilación” o la compatibilidad plena entre trabajo y pensión», *Revista De Derecho de la Seguridad Social*, núm. 9, 2016, págs. 13-20.
- TORTUERO PLAZA, J. L.: *La Reforma de la Jubilación (Marco de Referencia y ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011.