

ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y TRABAJO¹

Francisco Miguel Ortiz González-Conde
*Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por el
Alma Mater Studiorum-Università di Bologna (Italia)*
Investigador en la Universidad de Murcia (España)
fmiguel.ortiz@um.es

Sesión 1: Trabajo y Sociedad ó **Sesión Especial:** Cómo percibe la juventud de hoy el futuro del trabajo y cómo contribuirá a lograr el futuro que queremos

Abstract

Desde instancias europeas se ha recomendado al Estado español la conveniencia de modificar su normativa de Seguridad Social favoreciendo el envejecimiento activo a consecuencia de la sensible ampliación de la esperanza de vida y el aumento del periodo de tiempo que los ciudadanos pasan jubilados antes de su defunción, con el fin de rendir sostenible el tiempo de trabajo y el de jubilación. El presente trabajo realiza un estudio sistemático de los cambios normativos en la compatibilidad entre rentas activas y pasivas del trabajo en búsqueda de criterios desadaptativos, fricciones y tendencias legislativas de futuro.

I. Introducción

En atención a las previsiones europeas de prolongación de la vida activa y compatibilidad entre prestaciones de jubilación y actividades productivas remuneradas², las reformas operadas por el estado español han venido en los últimos tiempos a deformar y segmentar el tradicional principio incompatibilidad entre trabajo y prestación de la Seguridad Social. En razón del riesgo cubierto, carecía de sentido el percibo de una renta de sustitución y desempeño del

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2016-76557-R, sobre “El futuro del sistema español de protección social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad V: salud, familia y bienestar”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, e incluido en la Convocatoria 2016 de Proyectos I+D+I, correspondientes al Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad

² El Libro Verde de la Comisión Europea sobre sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros, consideró necesario crear mejores oportunidades y condiciones de trabajo para la participación de los trabajadores de más edad en el mercado laboral con el propósito de rendir sostenible el tiempo de trabajo y el de jubilación, es decir, favorecer el envejecimiento activo a consecuencia de la sensible ampliación de la esperanza de vida y el aumento del periodo de tiempo que los ciudadanos pasan jubilados antes de su defunción. El Libro Blanco instó a combinar el trabajo parcial con el cobro de pensiones parciales y directamente, la Recomendación 2ª del Consejo Europeo de 10 julio de 2012, aconsejó a España la adopción de medidas dirigidas al fomento de la reincorporación de este grupo de trabajadores al mercado laboral.

trabajo que se pretendía sustituir. Como más adelante se expondrá, se puede afirmar que los distintos regímenes jurídicos que conforman en la actualidad el *corpus jurídico* de compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo, presentan un llamativo y desigual grado de compatibilidad en función del régimen de encuadramiento de la persona trabajadora en el sistema.

Así, contrastan las posibilidades existentes entre quienes trabajan por cuenta ajena y por cuenta propia y, a su vez, entre la generalidad de las personas trabajadoras autónomas y quienes ejercen por cuenta propia una profesión colegiada habiendo optado por la cobertura de una mutualidad de previsión social alternativa al RETA. Dicha gradualidad carece de fundamento más allá del criterio político. Por ende, puede conjeturarse, si las medidas emprendidas hasta la fecha por el Estado español, se tratan de un paso previo hacia la plena compatibilidad entre pensión y trabajo, del mismo modo que, en su momento, las modalidades de jubilación parcial diferida y jubilación flexible lo supusieron respecto al aumento de la edad de jubilación. Para ello se propone un análisis sistemático de la normativa española.

II. La realidad jurídica del Estado español previa a la actualización de las recomendaciones europeas

Hasta el año 2011, dos eran las vías legales de excepción abiertas para la suspensión de la pensión de jubilación en España: la jubilación parcial y la jubilación flexible. En la actualidad, si bien ambas modalidades continúan coexistiendo, responden a ontologías diversas, una, al reparto del empleo entre generaciones³; la otra, a la continuidad en el trabajo por la inconsistencia de dicho remplazo. Con las reformas sucesivas de Seguridad Social de 2011 y 2013, ha primado la opción por el mantenimiento del empleo de la persona trabajadora madura frente a la de fomento del empleo⁴; de ahí los esfuerzos para la contención de una y la promoción de la otra⁵.

La jubilación parcial nació con carácter *ex ante*, fue introducida por la Ley 32/1984, de 2 agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 marzo, del Estatuto de los Trabajadores, desarrollada por el RD 1991/1984, de 31 octubre, por el que se regulan el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial, y reformada sucesivamente por el RD-Ley 15/1998, de 27 noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, y, especialmente, por las Leyes 35/2002, de 12 julio, para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, y Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

³ TORTUERO PLAZO, J.L. y DEL ÁGUILA CAZORLA, O.: "Art. 166. Jubilación Parcial", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003, pág. 863.

⁴ RODRÍGUEZ CARDO, I.: *Jubilación parcial tras la reforma de 2013*, LexNova, Valladolid, 2013, pág. 375.

⁵ APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A.M.: *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Editorial Bormazo, Albacete, 2007, pág. 188.

En cambio, la jubilación flexible nació con carácter *ex post*; la Ley 35/2002, introdujo, en el segundo párrafo del art. 165.1 LGSS, una excepción a la regla general de incompatibilidad, admitiendo la posibilidad del percibo de la pensión de jubilación parcial y el trabajo a tiempo parcial por parte de la persona pensionista “*jubilada flexible*”, persona ya jubilada que decide volver a incorporarse al mercado laboral para realizar un trabajo a tiempo parcial.

La jubilación parcial regulada por el art. 215 LGSS, en el art. 12.6 ET y el RD 1131/2002, se manifiesta, a su vez, en dos modalidades: anticipada y diferida. Varias han sido las reformas de Seguridad Social que han incidido con distinto alcance sobre esta figura jurídica; así, mientras la Ley 12/2001, de 9 julio, y la Ley 35/2002, de 12 julio, quisieron flexibilizar las condiciones de aplicación de la jubilación parcial, las Leyes 40/2007, 27/2011 y el RD-Ley 5/2013, han endurecido los ya existentes⁶.

La Ley 40/2007 endureció el acceso a la jubilación parcial anticipada incrementando la edad de acceso a la jubilación parcial a los 61 años, y el periodo de cotización de 15 a 30 años⁷, además de prever un nuevo requisito de antigüedad en la empresa⁸. Además, modificó el porcentaje máximo de reducción de jornada, del 85 por 100 a un intervalo entre el 25 y 75 por 100. Se trataba de una reforma que intentó controlar el aumento de jubilaciones parciales usadas impropiaamente como alternativa a la penalización reductora de la jubilación anticipada⁹.

La Ley 27/2011 abordó la reforma de la jubilación parcial, tanto de la ordinaria como de la anticipada. Suprimió el requisito de identidad entre los puestos de trabajo de relevista y persona relevada del contrato de relevo y aumentó la cotización de la persona relevista por la base de cotización, que en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando a jornada completa. El requisito de edad se mantuvo en 61 años y el periodo de cotización de 30 años¹⁰, excluida la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias. Se trataba de una reforma compleja que, en lo particular, intenta evitar el correcto recurso a esta modalidad¹¹, y, en lo general, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico conceptos nuevos y medidas restrictivas que intentaban dar una respuesta a los retos económicos y demográficos con los

⁶ FERRANDO GARCÍA, F.: “La jubilación parcial”, en GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 244.

⁷ Régimen de aplicación progresivo según la DT 17ª LGSS. No obstante, el RD-Ley 8/2010, de 20 mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para reducción del déficit público, eliminó este régimen transitorio de acceso.

⁸ STS 25 marzo de 2013 (rec. 1775/2012) En caso de sucesión empresarial o grupos de empresas, la antigüedad no ha de ser exclusivamente laboral, sino que equivale a vinculación o prestación de servicios considerando los períodos previos de vinculación.

⁹ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*. Comentarios a la Ley 27/2011, de 1 agosto, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 107.

¹⁰ Se marca así una diferencia con la nueva regulación de la jubilación anticipada, a la que sólo se puede acceder a los 63 años y acreditando un periodo previo de cotización de 33 años.

¹¹ TORTUERO PLAZA, J.L.: *La reforma de la jubilación (Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 agosto, sobre Actualización y Modernización del Sistema de la Seguridad Social)*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2012, pág. 112.

que se encontrará nuestro sistema de Seguridad Social a medio y largo plazo¹².

La DF 1ª de esta misma Ley no recoge la exigencia de que la persona trabajadora sustituta realice las mismas tareas que la sustituida, sino que opta por garantizar una correspondencia entre las bases de cotización, que no podrán ser inferiores al 65 por 100 del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses computados a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación parcial, reduciendo la similitud cualitativa en una ecuación cuantitativa¹³ (y no de la base de cotización que viniera cotizando la persona trabajadora sustituida antes de acceder a la jubilación parcial).

En cuanto a la jubilación parcial diferida, la Ley 12/2001 amplió las posibilidades de la jubilación parcial, al permitir la compatibilidad de la pensión ordinaria con el trabajo a tiempo parcial. A diferencia de la jubilación parcial anticipada, responde a la finalidad de incentivar la prolongación de la vida activa y retrasar la edad de jubilación, continuando a tiempo parcial la relación laboral previa. Al igual que sucedió con la reforma de 2007, esta modalidad de jubilación parcial no se ha visto especialmente afectada¹⁴. El legislador ha sido más beligerante respecto a los requisitos de esta modalidad, justificados a nivel jurídico, porque la persona trabajadora cuenta ya con la edad ordinaria de jubilación¹⁵, y a nivel técnico, porque ofrece al sistema de Seguridad Social un ahorro en el coste de las pensiones a abonar las personas jubiladas parcialmente, a la vez que asegura la continuidad del ingreso de cotizaciones.

De un lado, se exige que las personas trabajadoras hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación y que reúnan los requisitos para causar derecho a ella, disponiendo expresamente el art. 215.1 LGSS que pueden acceder a la jubilación parcial quienes cumplan los requisitos mínimos de cotización, sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo, con un intervalo de reducción de jornada entre el 25 por 100 y el 50 por 100. Desaparece el requisito de antigüedad en la empresa, y se puede acceder a la misma desde un contrato a tiempo parcial o completo¹⁶.

La reforma del régimen jurídico de la jubilación llevada a cabo por la Ley 27/2011 ha afectado indirectamente a la jubilación parcial diferida a través de las modificaciones del art. 215.1 LGSS, para adaptar la edad de acceso a esta modalidad de jubilación a la nueva redacción del art. 205.1 a LGSS, es decir, 67 años ó 65 años con 38 años y seis meses de cotización acreditados, de

¹² TRILLO GARCÍA, A.: "Jubilación", en TRILLO GARCÍA, A., DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Reformas laborales y de Seguridad Social*, Madrid, Francis y Taylor, 2011, pág. 67.

¹³ BENEYTO CALABUIG, D.: *La reforma de la jubilación y de otras prestaciones. Análisis práctico y comentarios de la Ley 27/2011, de 14 agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*, Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pág. 116.

¹⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Cambios en la pensión de jubilación tras la Ley 2/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social", *Aranzadi Social*, 2008, núm. 2, pág. 16.

¹⁵ FERRANDO GARCÍA, F.: "La jubilación parcial", en GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 264.

¹⁶ FERRANDO GARCÍA, F.: "La jubilación parcial"...*op.cit.* 2013, pág. 243.

aplicación progresiva según la DA 22ª LGSS que remite a la nueva DT 20ª de la misma norma. No se contempla a este respecto excepción alguna, de manera que la edad establecida en el art. 205.1 a) LGSS también será aplicable a quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 enero de 1967 pese a que a este colectivo, como dispone el art. 5.2 Ley 27/2012, se les permite acceder a la jubilación anticipada a partir de los 65 años.

De otro lado, acerca del cálculo de la pensión de jubilación completa, debe atenderse a la regla del art. 18 RD 1131/2002, conforme a la cual, no procederá el cómputo al 100 por 100 de la cotización efectuada durante el periodo de jubilación parcial para la futura pensión de jubilación ordinaria, ni se considerará a efectos de porcentajes, como período cotizado a tiempo completo, el período de tiempo cotizado que medie entre la jubilación parcial y la jubilación ordinaria o anticipada, a no ser que se hubiese simultaneado la jubilación parcial con un contrato de relevo. Si bien, con el incremento de la cotización de las personas jubiladas parciales al 100 por 100, carece de sentido cuestionarse si el art. 210.2 [anterior art. 163.2) LGSS], que excluía expresamente a aquellas del incremento de un porcentaje adicional del 2 ó 3 por 100 por cada año completo cotizado, la jurisprudencia hasta la fecha ha entendido que «si las cotizaciones efectuadas durante la prestación de servicios a tiempo parcial suman todas ellas el tiempo de uno o más años, cabría computarlas a estos efectos, calculando el tiempo de cotización según el RD 1131/2002¹⁷».

En cuanto a la jubilación flexible, introducida por la Ley 35/2002 y desarrollada por el RD 1132/2002. Dicha figura guarda grandes similitudes con la jubilación parcial, si bien la diferencia fundamental residiría en que, para la primera, es necesario que la pensión de jubilación ya hubiera sido causada, mientras que a la situación jubilación parcial tan solo puede accederse sin que se hubiera causado el derecho a la pensión de jubilación, siempre que se cumplan los requisitos legales a tal efecto¹⁸.

En atención al art. 12.6 ET y al art. 5 RD 1132/2002, se minora, como decíamos, la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo de la persona pensionista, en relación a la de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, y conservando los efectos legales de las cotizaciones posteriores al momento de causar la pensión de jubilación. La mejora se produce una vez efectuado el cese en el trabajo. A tal efecto, debe comunicarse a la Entidad Gestora el cese en la actividad, restableciéndose el percibo integro de la pensión de jubilación. La falta de Comunicación determinará el carácter indebido a la pensión, y según el art. 25, la correspondiente obligación de reintegro de lo indebidamente percibido, sin perjuicio de las sanciones que procedan¹⁹.

¹⁷ SSTs 21 de marzo de 2011 (rec. 2396/2010) y 15 diciembre 2011 (rec. 1765/2011).

¹⁸ Incluso ha llegado a ser calificada de modalidad específica de jubilación parcial; en este sentido, véase, RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Jubilación flexible”, en AA.VV., *Enciclopedia Laboral Básica “Alfredo Montoya Melgar”*, Civitas, Madrid, 2009, pág. 816.

¹⁹ Sobre la materia, puede verse, LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Acerca de la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 156, 2012, págs. 59-81.

La medida, como incentivo a la persona trabajadora, supone el recálculo de la base reguladora salvo, según art. 8.2 RD 1132/2002, que la aplicación de lo establecido en esta regla diese como resultado una reducción del importe de la base reguladora anterior, en cuyo caso, se mantendrá esta última. Además, los supuestos previstos por el art. 163.2 LGSS de prolongación de la vida activa -por manteniendo en el trabajo cuando se alcanza la edad ordinaria de jubilación o por reincorporación desde la jubilación completa a la actividad laboral también a tiempo completo- pueden suponer una disminución del coeficiente reductor que se hubiese aplicado en el momento inicial de causar derecho a la pensión, de acuerdo con lo dispuesto para las jubilaciones anticipadas²⁰.

Con anterioridad a la modificación de 2011, el periodo de cotización exigible era de 35 años de cotización efectiva, excluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. El art. 311 LGSS (anterior art. 112 bis) continúa excluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, pero omite la referencia a la cotización efectiva, es decir, computarían todos los conceptos del art. 205.1.a) LGSS y los periodos asimilados a cotización²¹.

A su vez, el trabajo a tiempo parcial generará nuevas prestaciones. La pensión de jubilación flexible resulta compatible con las prestaciones de incapacidad temporal o de maternidad derivadas de la actividad efectuada a tiempo parcial, pero resulta incompatible con las pensiones de incapacidad permanente que pueda corresponder por la actividad desarrollada, con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación, cualquiera que sea el Régimen en que se causen aquellas.

La modalidad de jubilación flexible, no obstante, según la Disp. Adic. 1ª RD 1132/2002, se excluye a las personas incluidas Régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, el Régimen especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, y el Régimen especial de la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia²².

El régimen de incompatibilidades con el trabajo está regulado por el art. 5.2 del RD 1132/2002, que remite a la incompatibilidad para el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en la Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y al desempeño de altos cargos, según el art. 213.2 LGSS. No obstante, han de entenderse como límites los parámetros de referencia del art. 12.6 del ET²³, por

²⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 26 de julio de 2011 (rec. 3488/2010).

²¹ MUÑOZ RUIZ, A.B.: "Reglas de incompatibilidad y compatibilidad de la pensión de jubilación o retiro en el régimen especial de funcionarios públicos", en UGUINA MERCADER, J.R. y ARAGÓN GÓMEZ, C.: *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 222.

²² La Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 3 de enero de 2006 (rec. 9220/2004) señalaba que se excluye la posibilidad de considerar incluido el RETA, pues ni el art. 12 ET es de aplicación a quienes trabajan por cuenta propia, ni cabe el alta a tiempo parcial en el RETA.

²³ El RD-Ley 5/2013 ha modificado el límite de reducción entre el 25 por 100 y el 50 por 100, del art. 12.6 del ET, que ya fue modificado antes por la disp. final 1.ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

lo que el exceso o defecto de jornada quedaría afectado por la incompatibilidad del art. 16 de la Orden 18 de enero 1967.

La cotización en estos supuestos constituye un atractivo para las empresas, debido a las exenciones que se contemplan en el artículo 150 LGSS. Las empresas y las personas trabajadoras quedarán exentas de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de esta, respecto de las personas trabajadoras por cuenta ajena con contratos de trabajo de carácter indefinido, así como respecto de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, en quienes concurren las circunstancias de tener cumplidos 65 años de edad y 38 años y 6 meses de cotización y 67 años de edad y 37 años de cotización, sin que se compute, a esto efecto, la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Desde el punto de vista particular de la compatibilidad entre pensión y trabajo autónomo, se destaca el paradigmático ejemplo de compatibilidad de la actividad por cuenta propia del colectivo de profesionales colegiados. La Orden de 18 enero 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el RGSS exceptuaba, en su artículo 16, de la incompatibilidad general prevista para RGSS y RETA a las personas trabajadoras incluidas en una Mutuality Laboral.

Esta situación se mantuvo estable en el tiempo, si bien, con algún pequeño incidente, las modificaciones operadas por el art. 33 de la ley 50/1998 de 30 diciembre, sobre la DA 15ª de la Ley 30/1995, de 8 noviembre de Ordenación y supervisión de los seguros privados²⁴, indujeron a confusión al afirmar que quienes ejercen, por cuenta propia, una profesión colegiada debían entenderse incluidos en el campo de aplicación del RETA²⁵.

Tras cuatro décadas, la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, estableció, en su único artículo, la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo de la persona pensionista que ejerce una actividad profesional por cuenta propia exenta de causar alta en RETA, conforme ocurría con el art. 16 de la OM 18 enero 1967. Esta nueva regla de incompatibilidad también previó excepciones restringidas, que beneficiaban a quienes viniesen disfrutando de tal compatibilidad con anterioridad a la entrada en vigor de la norma o a quienes hubieran alcanzado la edad de 65 años²⁶. Respecto de la Orden TIN/1362/2011, se plantearon dudas acerca de su legitimidad omo

²⁴ LÓPEZ ANIORTE, M.C.: "El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: un proceso inacabado", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, junio 2008, pág. 68-81. Sobre la actual regulación de la materia, puede verse, LÓPEZ ANIORTE, M.C.: "El régimen de opción de las profesiones colegiadas: un sistema obsoleto y contrario al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2016, en prensa.

²⁵ Situación solventada por la Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 7 mayo 1999, que estableció como criterio, y así ha venido ocurriendo, la compatibilidad entre pensión y jubilación, puesto que dicha incorporación no determinaba la integración dentro del ámbito de la Seguridad Social.

²⁶ Disposición Adicional Única Orden TIN/1362/2011, de 23 mayo.

instrumento adecuado para los fines que perseguía²⁷. Con posterioridad, la STS (contencioso-administrativo) de 6 junio de 2012, declarararía que «no vulnera ninguna norma de rango superior y es coherente con el régimen general de incompatibilidad».

La reforma de Seguridad Social de 2011 no dejó pasar la oportunidad para pronunciarse sobre este tema, y a través de la DA 31ª incorporó un apartado 4 al art. 165 LGSS (versión RDLegs 1/1994), permitiendo la compatibilidad de la pensión de jubilación con la realización de trabajos por cuenta propia siempre y cuando los ingresos anuales no superasen el SMI en cómputo anual.

Además, la DA 37ª encomendó al Gobierno un proyecto de ley que regulase la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional, la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. A la espera del mismo, se recoge textualmente que «se mantendría el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo», es decir, se dejaba sin efecto su aplicación, y por ende, quienes ejercen por cuenta propia una profesión colegiada podían, de nuevo, compatibilizar la pensión y el trabajo siempre que dicha actividad diera lugar a su inclusión en una Mutualidad y no se estuviera de alta en el RETA.

Son tres las distintas posiciones que se han adoptado frente a la DA 37ª Ley 27/2011; una lectura favorable a la idea de incompatibilidad, como un desincentivo a las políticas de prolongación de la vida laboral²⁸; otra interpretación crítica, pues nada había de extraño en una norma que pretendía equiparar condiciones respecto a otros beneficiarios del sistema de Seguridad Social²⁹; una tercera posición más suspicaz, pues a tenor de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 27/2011, no parece que la DA 37ª Ley 27/2011 intentase derogarla³⁰.

No obstante, el nuevo RD- Ley 5/2013, de 15 de marzo, establece en su artículo 1.2, la aplicabilidad, sin perjuicio de su régimen jurídico, de otras modalidades de compatibilidad, entre otras, la prevista por la DA 37ª LGSS; se trataba, en realidad, de una forma de permitir la compatibilidad causando alta en una mutualidad alternativa sin necesidad de mencionar la Orden TIN/1362/2011.

Para la generalidad de personas trabajadoras por cuenta propia, se acabaría extendiendo la compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación,

²⁷ TORTUERO PLAZA, J.L.: *La reforma de la jubilación (marco de referencia y ley 27/2011, de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 129.

²⁸ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación, Comentarios a la Ley 27/2011, de 1 agosto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 52.

²⁹ 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, pág. 52.

³⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La reforma de la jubilación Ordinaria" en GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGINA, J.: *La reforma de la Seguridad Social de 2011*, Lex Nova, Madrid, 2011, pág. 135.

fruto de la D.A. 31 Ley 27/2011 -sobre complementariedad de ingreso con la pensión de jubilación para todos los regímenes-, cuando los ingresos totales anuales fueran inferiores a la cuantía del SMI anual, quedando exentas de cotización y, por ende, de generación de nuevos derechos (no sólo en materia de pensiones, sino en subsidios contributivos), lo que directamente supone la legalización de muchas actividades que hasta la entrada en vigor eran irregulares por afectarles la incompatibilidad³¹, e, indirectamente, un tímido reconocimiento al baremo económico como cuantificador del requisito de habitualidad, aunque con multitud de lagunas en su proceder³².

III. La realidad jurídica del Estado español posterior a la actualización de las recomendaciones europeas

El RD-Ley 5/2013 se publicó con la finalidad de dar cumplimiento a la DA 37ª de la Ley 27/2011, donde se mandataba al Gobierno a presentar un proyecto de Ley que regulase la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo³³.

Desde la entrada en vigor, el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, es compatible con la realización de cualquier trabajo, tanto si se trata de mantener la relación laboral que tenía con su empresa, como de iniciar una nueva actividad por cuenta ajena o propia, siempre que concurren dos requisitos³⁴: 1º) El porcentaje aplicable a la base reguladora ha de alcanzar el 100 por 100, al reunir un periodo de cotización de entre 35 años y 38 años y seis meses, sin tener en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias; 2º) El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación que resulte de aplicación según lo establecido en el artículo 161.1.a) LGSS: 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización, descartándose las modalidades de jubilación anticipada.

La dinámica de funcionamiento de la compatibilidad prevista por la normativa de 2013 resulta novedosa en tanto que, por primera vez, se produce la compatibilidad sin cese del trabajador³⁵, al tiempo que no se determina la

³¹ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "El porvenir en la actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados y su provisional compatibilidad con la pensión de jubilación de la Seguridad Social", *Economía Española y Protección Social*, núm. III, 2011, pág.110.

³² Como advierte LÓPEZ ANIORTE, M.C.: "Hacia el envejecimiento activo...*op.cit.*", pág. 68, el nuevo art. 165.4 LGSS no precisa qué ejercicio fiscal ha de tenerse en cuenta a efectos de verificación, ni el cómputo de los ingresos del año anterior, o la reversibilidad de la situación núm.

³³ El RD-Ley 5/2013 exceptúa el Régimen de Clases Pasivas del Estado que se rige por su propia normativa con alcance similar. No obstante, la DA 2ª ha previsto una modificación del art. 33 de la Ley de Clases Pasivas del Estado, pues la normativa a ellos aplicable hasta la fecha resultaba más beneficiosa al permitir la compatibilidad ilimitada con el trabajo en el sector privado. No obstante, continua vigente el art. 165.1 LGSS y el (art. 33 LCPE).

³⁴ Téngase en cuenta la progresividad de la Disposición transitoria vigésima LGSS hasta el año 2027.

³⁵ MERCADER UGUINA, J.R.: "¿Puede producirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo sin cesar el trabajador en su actividad?: El RDL 5/2013 y el valor interpretativo del oficio de Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 octubre de 2013", *Revista de información laboral*, núm. 1, 2014, pág. 249.

suspensión de la pensión sino una reducción de su cuantía³⁶. Resulta también significativo, para las personas trabajadoras por cuenta ajena -como se infiere del art. 1.2 RD-Ley 5/2013- la coexistencia con otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente.

Respecto a la jubilación parcial, el único punto de encuentro es la previsión de compatibilización parcial de trabajo y pensión, pues ambas figuras implican la minoración del importe de la pensión de jubilación. Pero esa es la única semejanza entre ambas figuras jurídicas, puesto que las previsiones contenidas en el RD-Ley 5/2013 no afectan ni se ven afectadas por la modalidad de jubilación parcial, pues es de aplicación únicamente a sujetos que ya han alcanzado la edad legal de jubilación³⁷.

Son muchas las diferencias entre ambas figuras. La jubilación parcial, que nace del acuerdo entre ambas partes del contrato de trabajo³⁸, se aplica en exclusiva a quienes trabajan por cuenta ajena³⁹, manteniéndose el deber de cotización con repercusiones en la cuantía; una vez alcanzados los 65 años, se trataría de reunir el periodo de carencia. En cambio, el nuevo supuesto de compatibilidad se configura como una opción a favor de cualquier persona trabajadora -incluidas las que trabajan por cuenta propia-, no desprendiéndose de la cotización efectos sobre la futura pensión⁴⁰; una vez alcanzada la edad de 65 años, se debería acreditar el tiempo equivalente al 100 por 100 de la base reguladora.

El RD-Ley 5/2013, corrigió la disparidad de edad entre jubilación parcial y anticipada, abierta por la Ley 27/2011⁴¹, al equiparar la edad respecto a la jubilación anticipada a tiempo completo por voluntad de la persona trabajadora, de 61 años a 63 años, para carreras de cotización completas (36 años y medio), o directamente 65 años, a excepción de quienes conservasen la condición de mutualistas⁴². Sin embargo, el aumento del periodo de cotización de 30 a 33 años no guarda relación con la figura análoga de jubilación

³⁶ RODRÍGUEZ PIEÑERO, M., VALDÉS DAL-RE, F., CASA BAAMONDE, M.E.: “La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 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.

³⁷ Advierte SELMA PENALVA, A.: “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, *Aranzadi Social*, op.cit., pág. 65, que la jubilación parcial podría convertirse en una opción para aquellos sujetos que o bien desean incrementar en el futuro la cuantía de su pensión, o bien pretenden seguir realizando una actividad productiva por cuenta ajena pero desean flexibilidad sus condiciones de trabajo, y no reúnen todavía los estrictos requisitos que, por el momento, se exigen para acceder a la nueva forma de compatibilidad introducida por el RD-Ley 5/2013.

³⁸ Art. 12.6 ET.

³⁹ Aunque la modificación operada por el RD-Ley 3/2012 sobre el art. 166.2 LGSS desincentiva su uso, al incrementar la edad de 61 a 63 años y al fijar que durante todo el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando este a jornada completa.

⁴⁰ Art. 4 RD-Ley 5/2013.

⁴¹ DEL VALLE DE JOZ, J.I.: “Novedades en la regulación de la jubilación parcial”, AA.VV.: *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pág.198.

⁴² Disp. Trans. Tercera LGSS, norma 2ª, apartado 1.

anticipada a tiempo completo de carácter voluntario, cuyo periodo de cotización se ha elevado a 35 años. Con carácter novedoso, la reducción para las personas trabajadoras discapacitadas o con trastorno mental, deberán acreditar una carencia mínima de 25 años.

Igualmente, RD-Ley 5/2013 ha modificado los porcentajes de reducción de jornada, con carácter general fijados en el 50 por 100 (75 por 100 cuando la persona trabajadora relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida, y la empresa mantenga el puesto de trabajo durante dos años a partir del momento de la edad ordinaria de jubilación de la persona trabajadora sustituida⁴³). La suscripción del contrato de relevo, a pesar de estar excluido de las reducciones a la cotización⁴⁴, convierte a la jubilación parcial, además, en una medida de fomento del empleo. Este contrato, que deberá concertarse por el tiempo que falte a la persona trabajadora sustituida para alcanzar la edad ordinaria de jubilación y para una jornada de duración igual o superior a la reducción de la jornada acordada con aquella, ha sido modificado también en cuanto a identidad de funciones entre trabajos⁴⁵.

Respecto a la jubilación flexible, la incidencia del RD-Ley 5/2013 ha sido indirecta, en cuanto al retraso de la edad ordinaria de jubilación⁴⁶, lo que, paradójicamente, puede suponer el desincentivo de su uso⁴⁷; desincentivo que, nuevamente, se hace sentir al crearse modalidades paralelas de compatibilidad, permitiéndose la compatibilidad del trabajo por cuenta ajena o propia con una reducción de la pensión de jubilación del 50 por 100, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice la persona pensionista, a diferencia de la reducción inversa en la prevista por la jubilación flexible.

En este sentido, cabe señalar que la convivencia entre el RD-Ley 5/2013 y el RD 1132/2002, aun no siendo tampoco coincidentes sus ámbitos, sí son susceptibles de presentar zonas de fricción. Tal sería el caso una persona beneficiaria de pensión ordinaria de jubilación al 100 por 100 de su base reguladora que inicie un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial; esta quedaría amparada bajo ambos supuestos, con posibilidades de reducción de

⁴³ Art. 12.6 párrafo segundo ET, y art. 166.2 c LGSS.

⁴⁴ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación. Comentarios a la Ley 27/2011, de 1 agosto*, op. cit....pág. 118.

⁴⁵ Igualmente, la no sustitución del relevista supone para la empresa el abono de la prestación de jubilación desde la fecha del cese hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada (DA 2ª 4 RD 1131/2002). Quedan exceptuados los supuestos de extinción de contrato por despido colectivo (STS 29 mayo de 2008, rec. 1900/2007), o por causas objetivas basadas en motivos económicos, organizativos, técnicos o productivos (STS 22 de septiembre de 2010, rec. 4166/2009).

⁴⁶ CEA AYALA, A.: "Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. Breve referencia a la jubilación flexible", *Actualidad Laboral*, 2014, núm. 2, 2014, pág. 165 y ss.

⁴⁷ LÓPEZ GANCÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación* núm. Comentarios a la Ley 27/2011, de 1 agosto... op. cit., pág. 128; también, DE LA MAZA, S. y CRUZ ROCHE, I.: "La flexibilización de la edad de jubilación aspectos económicos de la política social", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2002, núm. 66, pág. 113, para quienes según cálculos actuariales, el incentivo de incremento de la cuantía de la base reguladora de la pensión cuando se aplaza la edad de jubilación no es suficiente para compensar actuarialmente continuar en la vida activa, salvo que se considere la percepción de un sueldo de mayor cuantía que la pensión durante esos años.

jornada distintas y reducciones de cuantía también distintas⁴⁸, lo que se traduciría de distinta forma en la cuantía final:

Sobre la cuantía de la pensión en el presente, la reducción no es proporcional al tipo de jornada, como ocurría en la jubilación flexible, sino que, en cualquier caso, la cuantía de la pensión de jubilación se mantiene constante al 50 por 100 del importe resultante en el reconocimiento inicial (no excedente del límite máximo de pensión pública) en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, con la exclusión total del complemento por mínimos, independientemente del grado de parcialidad de la jornada. Estos serán calculados una vez se acceda plenamente a la jubilación. Sobre la cuantía de la pensión futura, a diferencia de la jubilación flexible, no está previsto el recálculo de la pensión. Así, el art. 3.4 RD-Ley 5/2013 estipula que, finalizada la relación laboral por cuenta ajena o producido el cese en la actividad por cuenta propia «se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación»; es decir, se restituirán los complementos a mínimos antes señalados si corresponden, pero no procederá a un recálculo de la base reguladora.

IV. Conclusiones

Siguiendo la lógica que inspira la actual normativa española de compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación, es cierto que la misma resulta novedosa, pero también lo es que se sitúa en tierra de nadie, porque favorece a pensionistas, previsiblemente, con condiciones laborales más favorables y con mayores ingresos (por acreditar las carreras de cotización más largas), permitiéndoles alargar su ocupación efectiva y conservando la condición de pensionistas; pero, de otro lado, si lo que se pretendía era una compatibilidad genuina, resultan inexplicables los requisitos de edad legal de jubilación o periodo de carencia necesarios para alcanzar el máximo de la base reguladora, junto a las exclusiones gravosas a las modalidades de jubilaciones anticipada, especialmente las derivadas por causas ajenas a la voluntad de la persona trabajadora. Esta situación, conduce a plantearse, como ha ocurrido con cada etapa en la regulación de la compatibilidad, acerca de las intenciones finales del legislador.

Pero las consecuencias no se detienen ahí, incluso, desde una perspectiva más amplia, a nivel constitucional, la compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación, trastoca el fundamento constitucional de la protección de la vejez. De un lado, frente a los tradicionales enfoques de vejez como ancianidad frente a senectud, la pensión de jubilación parece atender a una consideración más allá del hecho biológico. De otro lado, convertir la compatibilidad en una apuesta por mantener unas prestaciones suficientes, puede paradójicamente ser contrario al art. 50 CE. Todo ello conduce en definitiva a la necesidad de plantearse el encaje del envejecimiento activo en el ordenamiento constitucional.

⁴⁸ RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “La compatibilidad de las pensiones de Seguridad Social con el trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, núm. 119, pág.186.