

(In)compatibilidades entre trabajo y jubilación de la persona trabajadora autónoma según su naturaleza jurídica como autónoma «clásica» o societaria. A propósito de la reciente doctrina del Tribunal Supremo

Isabel María Pérez Gázquez

Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Murcia

Profesora contratada doctora.

Universidad Católica de Murcia (España)

imperez@ucam.edu | <https://orcid.org/0000-0002-1546-345X>

Extracto

Si bien las nuevas fórmulas de compatibilización entre trabajo y jubilación no han planteado problemáticas de tipo práctico en su aplicación a las personas trabajadoras por cuenta ajena y autónomas constituidas como personas físicas, distinta es la situación con respecto a otras personas autónomas con diferente naturaleza jurídica, como es el caso de las autónomas societarias. Todo ello, como consecuencia de la indeterminación de la fórmula jurídica utilizada en el artículo 214.2, párrafo segundo, de la Ley general de la Seguridad Social, que permite esta modalidad de jubilación activa «si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena». Precepto que ha planteado diversas problemáticas de tipo interpretativo, cuya disparidad de criterios entre la entidad gestora y los distintos órganos judiciales ha dado lugar a la doctrina del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2021, que delimita el ámbito personal de aplicación de esta modalidad de jubilación activa en sentido restrictivo.

Palabras clave: jubilación; compatibilidad; personas trabajadoras autónomas; personas trabajadoras societarias; restricción; empleo; envejecimiento activo; sostenibilidad.

Recibido: 02-11-2021 / Aceptado: 01-02-2022

Cómo citar: Pérez Gázquez, I. M. (2022). (In)compatibilidades entre trabajo y jubilación de la persona trabajadora autónoma según su naturaleza jurídica como autónoma «clásica» o societaria. A propósito de la reciente doctrina del Tribunal Supremo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 129-151.



(In)compatibilities between work and retirement of the self-employed worker according to their legal nature as "classical" or corporate self-employed. Regarding to recent doctrine of the Supreme Court

Isabel María Pérez Gázquez

Abstract

Although the new formulas for reconciling work and retirement have not raised practical problems in their application to employed workers and self-employed persons constituted as natural persons, the situation is different with respect to other self-employed persons of a different legal nature, such as the case of self-employed companies. All of this as a consequence of the indeterminacy of the legal formula used in article 214.2, second paragraph, of the General Law of Social Security, which allows this type of active retirement "if the activity is carried out on one's own account and it is proven that at least one employee has been hired". A precept that has raised various interpretative problems, whose disparity in criteria between the managing entity and the different judicial bodies has given rise to the doctrine of the Supreme Court of July 23th, 2021, which delimits the personal scope of application of this type of retirement active in a restrictive sense.

Keywords: retirement; compatibility; self-employed; corporate; restriction; employment; active ageing; sustainability.

Citation: Pérez Gázquez, I. M. (2022). (In)compatibilities between work and retirement of the self-employed worker according to their legal nature as "classical" or corporate self-employed. Regarding to recent doctrine of the Supreme Court. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 129-151.



Sumario

1. Introducción
 2. La jubilación de la persona trabajadora autónoma
 - 2.1. Jubilación ordinaria. Elementos configuradores
 3. Compatibilidades e incompatibilidades entre trabajo y jubilación de la persona trabajadora autónoma
 - 3.1. Compatibilización del trabajo por cuenta propia cuyos ingresos no superen el salario mínimo interprofesional
 - 3.2. Jubilación activa. Posibilidades de la persona trabajadora autónoma según su naturaleza jurídica y contribución al fomento del empleo
 - 3.2.1. Compatibilización de jubilación y trabajo sin personas trabajadoras a cargo
 - 3.2.2. Compatibilización de jubilación y trabajo con, al menos, una persona trabajadora a cargo
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

La Constitución española de 1978 (CE), en su artículo 50, establece la obligatoriedad de los poderes públicos de garantizar la suficiencia económica de la ciudadanía durante la tercera edad, a través de pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas. Si bien, resulta preciso tener en cuenta que el cumplimiento de este mandato se encuentra condicionado por las variables de sostenibilidad del propio sistema de Seguridad Social, que se viene enfrentando al gran reto que supone equilibrar la balanza del gasto en pensiones de jubilación y su financiación.

En esta línea, la Comisión Europea (2012) ha señalado que:

[...] el envejecimiento de la población es un reto importante para los sistemas de pensiones en todos los Estados miembros. A menos que las mujeres y los hombres, ya que viven más tiempo, también prolonguen su vida laboral y ahorren más con vistas a la jubilación, no es posible garantizar unas pensiones adecuadas, ya que el incremento del gasto sería insostenible (p. 2).

En lo que respecta al ámbito español, según datos del Pacto de Toledo, de 10 de noviembre de 2020, el número total de pensiones contributivas a fecha 1 de enero de 2020 ascendía a 9.801.016, con un montante económico de 9.904,02 millones de euros mensuales, de los que 7.092,19 correspondían a la pensión de jubilación. Por su parte, las no contributivas de jubilación e invalidez ascendieron, para la misma fecha, a 451.796 personas receptoras (Congreso de los Diputados, 2020, pp. 49-50). Asimismo, estima que en el año 2030 la tasa de personas mayores de 65 años en España sea de un 25-30 %, con un número de potenciales receptoras de esta pensión de 9.696.000, cuyo coste para el erario ascenderá a 11,4 millones de euros. Cifra que se verá aumentada hasta 14,3 y 14,1 millones en 2050 y 2060, respectivamente (Congreso de los Diputados, 2020, p. 55).

En este sentido, y como ejemplo de esta evolución creciente del gasto, cabe señalar que la situación presupuestaria presentada por las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, a fecha 31 de agosto de 2021, muestra un déficit presupuestario por operaciones no financieras de 1.197,17 millones de euros, cuyo origen es el nivel contributivo, con un déficit de 3.482,17 millones –el nivel no contributivo alcanza un superávit de 2.285 millones–. Esto, a pesar de que los derechos reconocidos por operaciones no financieras han ascendido a 102.939,35 millones de euros, con una variación positiva del 3,26 % respecto al mismo periodo del ejercicio anterior, correspondiendo a las cotizaciones sociales

un importe de 76.153 millones de euros, que supone un incremento del 7,53 % respecto al mismo periodo del ejercicio anterior. Y es que, con relación al gasto:

[...] el importe total de obligaciones reconocidas por operaciones no financieras se eleva a 104.136,52 millones de euros, lo que representa una variación del 1,68 % respecto al ejercicio anterior, correspondiendo el mayor volumen de gasto al concepto de pensiones y prestaciones contributivas, que registra un importe de 91.665,52 millones de euros y un incremento de 3,70 % sobre el mismo mes del año anterior (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2021a, p. 1).

Por tanto, nos encontramos ante un escenario en el que el gran reto derivado del envejecimiento poblacional que se prevé para la población en los próximos años exige la adopción de medidas que equilibren la tasa de reposición entre activo y pasivo. Según el propio Pacto de Toledo:

Es necesario incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación. A tal efecto, sería necesaria la adaptación y mejora de cuantos incentivos sociales, fiscales y laborales sean posibles para fomentar la permanencia de los trabajadores en activo [...] (Congreso de los Diputados, 2020, p. 68).

Así, en los últimos años se han llevado a cabo diversas reformas en materia de jubilación cuyo objetivo es el retraso en el acceso a la jubilación ordinaria, bien retrasando la edad legal de jubilación y aumentando el periodo de carencia asociado a esta modalidad, o creando incentivos para quienes decidan voluntariamente retrasar el percibo de esta jubilación. Igualmente, se ha optado por romper con el clásico espíritu de incompatibilidad entre trabajo y jubilación –tipificada como una infracción grave en materia de Seguridad Social (art. 25.1 RDleg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social)– hacia fórmulas de jubilación que pretenden prolongar la vida activa de las personas trabajadoras de forma compatible con la condición de pensionista –tanto para trabajadoras por cuenta ajena como por cuenta propia–.

En línea con la última de las medidas mencionadas, y de acuerdo con el objeto de este trabajo, la jubilación activa de la persona trabajadora autónoma, cabe señalar que se trata de una modalidad de jubilación que cada vez adquiere mayor protagonismo entre este colectivo. Según datos de agosto de 2020, referidos al 31 de diciembre de 2019, el total de jubilaciones activas fue de 61.220, de las que 52.076 correspondieron a personas trabajadoras autónomas y 9.144 al resto de regímenes de la Seguridad Social. Cifras que se confrontan con las 9.094 del año 2013, año de entrada en vigor de esta modalidad de jubilación, repartidas en 7.517 para las personas autónomas y 1.577 para el resto de personas trabajadoras (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2021b, p. 204).

Algunas de las causas que explicarían esta diferencia entre las personas trabajadoras autónomas que optan por estas nuevas modalidades de jubilación con respecto a las trabajadoras integradas en distintos regímenes de la Seguridad Social serían las bajas pensiones que reciben las primeras, fundamentalmente debido a que la mayoría de ellas optan por cotizar por la base mínima de cotización, que es la que determina una futura pensión. Como muestra de ello, cabe señalar que, a fecha de 31 de julio de 2019, la pensión media de jubilación de las personas autónomas era de 686 euros, frente a los 1.091,52 euros del régimen general (Asociación de Trabajadores Autónomos –ATA–, 2019).

Ahora bien, es preciso resaltar que, si bien es cierto que la aplicación de estas fórmulas de jubilación activa con relación a las personas trabajadoras por cuenta ajena no ha planteado dificultades de tipo práctico, en el caso de las trabajadoras autónomas constituidas como societarias se ha producido todo lo contrario. Todo ello, como consecuencia de la indeterminación jurídica del tenor literal del artículo 214.2, párrafo segundo, del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), introducido por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo, cuya problemática interpretativa ha culminado en la reciente doctrina del Tribunal Supremo (TS) de fecha 23 de julio. El objetivo de estas líneas es el análisis de estas modalidades de compatibilización de la persona trabajadora autónoma, según su categorización como persona física o jurídica, así como de las problemáticas interpretativas en torno a las autónomas societarias y el criterio adoptado en este sentido por el Alto Tribunal.

2. La jubilación de la persona trabajadora autónoma

En virtud de la equiparación que la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA), dispone entre personas trabajadoras autónomas y personas trabajadoras encuadradas en el régimen general en materia de aportación, derechos y prestaciones (art. 26.5), y la remisión que hace a la normativa reguladora de este régimen (art. 318 d) LGSS), en términos generales, la persona trabajadora autónoma accede a la prestación de jubilación en las mismas condiciones que las personas trabajadoras encuadradas en el régimen general, es decir, según lo dispuesto por los artículos 204 y siguientes de la LGSS.

De este modo, al igual que en el caso de la persona trabajadora por cuenta ajena, si la trabajadora autónoma clásicamente venía optando a diferentes modalidades de jubilación, cuyos elementos delimitadores son el cese en la actividad profesional, junto con la edad y periodo mínimo de cotización en el momento del cese, desde la perspectiva del envejecimiento activo, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y 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, dan un paso más y configuran otras opciones de jubilación que permiten a la persona trabajadora autónoma compatibilizar el percibo de

la pensión de jubilación con el desempeño de la actividad laboral, quedando inaplicable, por tanto, el elemento de cese de la actividad. Igualmente, la reseñada Ley de reformas urgentes del trabajo autónomo de 2017, que introduce otra nueva opción para estas personas trabajadoras.

Así, junto a las modalidades clásicas de jubilación ordinaria o anticipada, se suman otras posibilidades que permiten una jubilación activa, cuya delimitación viene determinada por el nivel de ingresos que el trabajo reporta (art. 213.4 LGSS); la existencia o no de trabajadores/as contratados a cargo de la persona pensionista (art. 214 LGSS); y la naturaleza jurídica de la persona trabajadora autónoma, dado que, tras el reciente criterio establecido por el TS, al que se hará mayor mención, el alcance de esta compatibilidad difiere en uno y otro caso.

Es decir, depende de si la persona trabajadora jubilada prolonga su actividad en un régimen de trabajadora autónoma, según lo dispuesto por el artículo 1.1 de la LETA –persona física que realiza 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/as por cuenta ajena–, o lo hace como autónoma societaria, por haber constituido una sociedad para llevar a cabo sus funciones, de acuerdo con lo estipulado en el Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (LSC). La razón de ello es que, a pesar de que en ambos casos la persona trabajadora se encuentra encuadrada en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA), la autónoma societaria tiene una personalidad jurídica diferenciada, que implica algunas peculiaridades y diferencias con respecto a la autónoma «clásica», tal y como ocurre con la extensión de la responsabilidad patrimonial derivada de la actividad. Aspecto que resulta relevante en el fallo de la sentencia del Alto Tribunal a la hora de discernir y delimitar el ámbito personal de aplicación de una de las modalidades de jubilación activa.

En este sentido, recuérdese que en el caso de la persona física o «persona autónoma clásica», la responsabilidad patrimonial que pueda derivarse de su actividad se extiende a su patrimonio personal, de manera que responde de sus deudas, incluidas las salariales con las personas trabajadoras contratadas y las cotizaciones a la Seguridad Social, con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 Código Civil), asumiendo personalmente el riesgo y ventura de la actividad empresarial. Sin embargo, en el caso de la persona autónoma consejera o administradora de una sociedad mercantil, esta responsabilidad se limita a la sociedad, sin que su patrimonio personal, en principio, se vea afectado (art. 1 LSC).

Ahora bien, es importante reseñar que la modalidad de jubilación activa, en los términos del artículo 214 de la LGSS, se plantea como una opción adicional más de jubilación, siempre y cuando la persona trabajadora cumpla con los requisitos de acceso de la llamada «jubilación ordinaria», y lo haga, además, en condiciones de verla reconocida en una cuantía del 100 %. Luego, se trata de una fórmula que pretende alargar la vida laboral de las personas trabajadoras una vez han cotizado y aportado al sistema las cotizaciones suficientes, y

no de un supuesto previsto para permitir la compatibilización entre trabajo y pensión antes del cumplimiento de la edad y cotización mínima ordinaria, cuyo espíritu corresponde a otra modalidad de retiro, en este caso la jubilación parcial.

Conforme a lo anterior, se hace preciso hacer una breve aproximación a los requisitos configuradores de esta modalidad (Maldonado Molina, 2017).

2.1. Jubilación ordinaria. Elementos configuradores

La persona trabajadora autónoma accede a la prestación de jubilación en su modalidad ordinaria, es decir, con un cese total de la actividad profesional, según las reglas y requisitos de edad y cotización mínima definidos en el artículo 205 de la LGSS. Así, puede acceder a la jubilación siempre que tenga, por un lado, un periodo mínimo de cotización de 15 años, de los cuales 2 deben estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento del cese de la actividad –sin que en este cómputo se tenga en cuenta la parte proporcional de las pagas extras–, y, por otro, una edad mínima que, a su vez, queda condicionada por otro periodo de carencia distinto del anterior. Requisito este último que viene siendo objeto de un periodo de transición desde el año 2013, por el que estos mínimos vienen siendo paulatinamente incrementados. Desde 35 años y 3 meses de periodo mínimo de cotización, con unas edades legales de jubilación de 65 o 65 años y 1 mes, hasta los 38 años y 6 meses, con unas edades de 65 o 67 años, en los que quedarán fijados a partir de 2027 (disp. trans. séptima LGSS).

Otro aspecto de la jubilación ordinaria a tener en consideración en materia de jubilación activa es el régimen que determina el cálculo y cuantía de la prestación. Todo ello, a causa de que, como se ha dicho, el reconocimiento de esta compatibilidad entre trabajo y pensión se condiciona, junto con los requisitos anteriores, a que se den las condiciones para ver reconocida la pensión ordinaria en su cuantía íntegra. Por tanto, se reserva solamente a aquellas personas trabajadoras con largas carreras de cotización y contribución al sistema, ya que la determinación de esta cuantía depende de este tiempo cotizado.

Esta cotización resulta relevante para la cuantía a percibir de la prestación, debido a que el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora queda determinado por el periodo temporal de las cotizaciones, dependiendo de si se corresponden con el tiempo mínimo de carencia para poder acceder a la prestación o se trata de cotizaciones adicionales. Según esto, a los primeros 15 años de cotización se les aplica un porcentaje del 50 %, añadiéndose otro por cada mes adicional de cotización, en su caso, a partir del año decimosexto.

Cabe señalar que, al igual que ocurre con el periodo de cotización que condiciona la edad legal de acceso a la prestación, desde el año 2013, estos porcentajes adicionales por cada mes de cotización a partir del decimosexto año vienen siendo gradualmente modificados. Así, nos encontramos en un periodo de transición, desde los porcentajes de un 0,21 %

entre los meses 1 y 163 y un 0,19% por cada uno de los 83 meses siguientes –desde el año 2013– a un porcentaje del 0,191% por los meses comprendidos entre el 1 y el 248 y un 0,18% por cada mes que rebasa este periodo, que será el fijado a partir del año 2027. Estos porcentajes se aplicarán hasta su máximo del 100%, salvo en los casos en los que se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la legal ordinaria (art. 210.1 y 2 y disp. trans. novena LGSS).

3. Compatibilidades e incompatibilidades entre trabajo y jubilación de la persona trabajadora autónoma

Las mejoras sanitarias y el aumento de la esperanza de vida de la población ocasionan que, en la mayoría de los casos, las personas lleguen a la edad de jubilación con unos estándares de salud compatibles con el desempeño de la actividad laboral. Esto ha permitido que, como ya se ha dicho, en los últimos años se hayan regulado diversas fórmulas de jubilación desde una perspectiva de envejecimiento activo y prolongación de la vida laboral de las personas trabajadoras. Fórmulas configuradas como una medida de sostenibilidad, que rompen con el clásico régimen de incompatibilidad entre trabajo y jubilación, que obliga a la persona jubilada que quiera realizar una actividad profesional a suspender el percibo de la prestación durante el tiempo de desarrollo de esta (art. 213 LGSS). Todo ello, a pesar de la cuestionable coherencia de prohibir el percibo de la pensión sobre la que mayor peso y esfuerzo retributivo recae, una vez alcanzados los requisitos exigidos para su reconocimiento. Es decir, si la persona trabajadora ha contribuido al sistema mediante unas largas carreras de cotización, parece controvertido que la decisión de continuar con la ocupación impidiera ejercer un derecho generado por cumplimiento de los requisitos estipulados para ello (Sempere Navarro, 2013, p. 30).

El objetivo de estas medidas es claro. Por un lado, permitir a la persona jubilada un aumento de su poder adquisitivo, mediante la coexistencia entre salario y rendimientos del trabajo, y, por otro, equilibrar la balanza de sostenibilidad económica del sistema, a través del mantenimiento de las cotizaciones a la Seguridad Social –tanto de la persona trabajadora autónoma, aunque sea reducida, como de la trabajadora contratada, en su caso– y de la reducción del gasto en materia de pensiones de jubilación, según la modalidad de compatibilización por la que se opte (Mercader Uguina *et al.*, 2013).

Resulta innegable que, desde una perspectiva de sostenibilidad del sistema, es imprescindible adoptar acciones de ahorro del gasto. Ahora bien, cuestión distinta es que este tipo de acciones puedan servir de coartada a unas políticas de pensiones que, al estar orientadas fundamentalmente hacia el ahorro, impliquen que dicha compatibilización deje de ser un complemento o una opción de la persona trabajadora y se convierta en una herramienta necesaria u obligatoria para poder subsistir, en condiciones de dignidad, con unas pensiones cada vez más reducidas e insuficientes (Cavas Martínez, 2017, p. 189). Situación que,

por otra parte, implicaría un aumento de los riesgos en materia de seguridad y salud para algunas personas trabajadoras, según el tipo de profesión y el estado físico, pues las capacidades físicas en edad de jubilación se encuentran mermadas con respecto a edades más tempranas (Barceló Fernández, 2016; Guindo Morales, 2019; Rodríguez Egío, 2019). De hecho, «los trabajadores de edad avanzada son los que sufren accidentes más graves, con una tasa de mortalidad superior a la media» (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo –INSHT–, 2015, p. 15).

Por tanto, estas políticas de prolongación activa de las personas trabajadoras han de realizarse en un marco jurídico que tenga en cuenta la edad más allá del aumento de los costes en pensiones asociados al aumento de la esperanza de vida y valore que esa misma edad es un factor de riesgo para la protección de ciertos derechos fundamentales (Monereo Pérez, 2019).

3.1. Compatibilización del trabajo por cuenta propia cuyos ingresos no superen el salario mínimo interprofesional

El inicio hacia una nueva etapa orientada al fomento del desempeño de actividades profesionales una vez obtenida la condición de pensionista se produjo con la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que en su disposición adicional trigésima primera, titulada «Complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación», añadía un nuevo apartado al entonces vigente artículo 165 de la LGSS y actual artículo 213, en el que dispone que el percibo de la jubilación es compatible con la realización de trabajos por cuenta propia siempre y cuando los ingresos anuales totales derivados de la actividad no superen el salario mínimo interprofesional (SMI), en cómputo anual, señalando además que quienes realicen estas actividades no están obligados/as a cotizar por ellas.

Esto supone que aquella persona trabajadora autónoma que, a pesar de haber accedido a la jubilación, desee continuar realizando actividades profesionales pueda compatibilizar ambas realidades, sin que además sea necesario que cotice por esta actividad (art. 213.4 LGSS).

Cabe señalar que no se trata de un supuesto de jubilación activa en sentido estricto, en los términos del artículo 214, contemplado para actividades laborales realizadas bajo unos parámetros de habitualidad, y sin importar las cantidades económicas que se reciban por ellas, sino de una modalidad que permite a la persona jubilada complementar sus ingresos hasta el límite del SMI, en cómputo anual. Asimismo, el objetivo de una y otra fórmula difiere, pues, si en el caso de la jubilación activa la intención del legislador es alargar la vida laboral de las personas y las cotizaciones asociadas al empleo, en este caso, se pretende facilitar a las personas jubiladas la obtención de una fuente de ingresos complementaria para mejorar su poder adquisitivo y, con ello, compensar la mayor rigidez de la ley de 2011 con respecto a los requisitos para ver reconocida la prestación con una cuantía equivalente al 100 % de la base reguladora (Selma Penalva, 2013, p. 69).

Así pues, se trata de una compatibilización que pretende garantizar una subsistencia digna de las personas jubiladas, en la que el montante económico que la persona trabajadora autónoma recibe por los trabajos que realiza por cuenta propia se convierte en el elemento central y configurador de esta compatibilidad.

En línea con lo anterior, se hace preciso mencionar que, a tenor de la genérica referencia que la normativa hace sobre el SMI y la exención de la obligatoriedad de cotización por las actividades realizadas en este marco de compatibilidad, se han planteado diversas problemáticas de tipo práctico, como la acaecida a propósito de la habitualidad. Todo ello, en la medida en que, si bien es cierto que rendimientos económicos y habitualidad de la actividad suelen ser conceptos interrelacionados, también cabe la posibilidad de que no siempre se den de forma conjunta, pudiendo realizarse colaboraciones o trabajos puntuales que reporten grandes beneficios económicos. Según esto, no quedaba claro si para este supuesto de compatibilidad entre trabajo y pensión el elemento de habitualidad se convertía, junto con el económico, en un requisito configurador en su aplicación. Aspecto que no se circunscribe a este modo de compatibilización, sino que se extiende a la mera obligación de cotizar o no por esas actividades (Selma Penalva, 2013, pp. 67-73)¹.

Esta indeterminación jurídica acerca del precepto de habitualidad con relación a los trabajos realizados por las personas trabajadoras por cuenta propia y la obligatoriedad de cotización ha obligado a la Administración y a los órganos judiciales a concretar caso a caso y establecer su propia doctrina, en algunos casos de forma contradictoria. En este sentido, cabe hacer mención de sentencias como las del TS (SSTS) de 29 de octubre de 1997 (rec. 406/1997); de 23 de septiembre de 2002 (rec. 164/2002); de 20 de marzo de 2007 (rec. 5006/2005), que, partiendo de la premisa de que «el montante de la retribución [...] es un indicativo de la habitualidad, pero no necesariamente el único ni excluyente de otros criterios» (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid de 30 de mayo de 2018, rec. 322/2017), la analizan junto con otros elementos vinculados a la actividad, como la exclusividad en su desempeño o la titularidad de un establecimiento abierto al público durante días y horas establecidos, que operan como una presunción *iuris tantum* de habitualidad (López Anierte, 2012, pp. 79-80; 2014, pp. 66-68). O, dicho de otro modo, se ha optado por vincular los ingresos reducidos con el concepto de trabajo esporádico solo cuando no es posible discernir esta naturaleza puntual conforme a otros indicios (STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2020, rec. 150/2019).

¹ Sería conveniente que el legislador, más allá de la mera declaración de intenciones realizada en este sentido en la disposición adicional cuarta de la Ley de reformas urgentes del trabajador autónomo de 2017, en la que manifiesta que «se procederá a la determinación de los diferentes elementos que condicionan el concepto de habitualidad a efectos de la incorporación a dicho régimen. En particular, se prestará especial atención a los trabajadores por cuenta propia cuyos ingresos íntegros no superen la cuantía del salario mínimo interprofesional, en cómputo anual», concrete esta cuestión.

Ahora bien, a efectos de la compatibilidad con la jubilación, y a pesar de la referencia que el artículo 213 de la LGSS hace con respecto a la exención de cotización por las actividades que la persona jubilada realice amparándose en dicho precepto legal, según la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la persona trabajadora autónoma que no ejerce la actividad en estos términos de compatibilidad, donde la referencia al SMI no es un elemento exclusivo ni excluyente de la habitualidad, para la persona pensionista de jubilación este requisito referido al SMI se configura como un requisito legal expreso y determinante de su inclusión en el RETA (Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social –DGOSS– núm. 13/2015). Luego, la suspensión o no de la pensión de jubilación queda supeditada a la inclusión o exclusión de las actividades de la persona pensionista en el RETA, de acuerdo con el nivel de ingresos que dicha actividad reporta, valorado en términos de ingresos netos (Resolución DGOSS núm. 20/2013).

Por último, cabe señalar que este supuesto de compatibilización entre trabajo y pensión introducido por la ley de 2011 se extiende también a los/las profesionales colegiados e integrados en la mutualidad de un colegio profesional como forma alternativa a la cotización en el RETA (Resolución DGOSS de 21 de junio de 2013).

3.2. Jubilación activa. Posibilidades de la persona trabajadora autónoma según su naturaleza jurídica y contribución al fomento del empleo

3.2.1. Compatibilización de jubilación y trabajo sin personas trabajadoras a cargo

Junto con la medida introducida por la ley de 2011 que permite compatibilizar la pensión con aquellas actividades que no reporten ingresos superiores al SMI neto en cómputo anual, el reseñado Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, regula otra situación de compatibilidad entre jubilación y trabajo, cuyo objetivo, según su exposición de motivos (apartado tres), es:

[...] 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. Esta posibilidad, muy restringida en el ordenamiento español hasta la fecha, es habitual en las legislaciones de países del entorno. Se permite con ello que aquellos trabajadores que han accedido a la jubilación al alcanzar la edad legal con largas carreras de cotización puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50 % de la pensión, con unas obligaciones de cotización social limitadas.

Este supuesto general de jubilación activa, regulado en el artículo 214 de la LGSS, configurado tanto para personas trabajadoras por cuenta ajena como por cuenta propia, permite ostentar la condición de jubilado/a y al mismo tiempo desempeñar una actividad profesional. Bien en continuidad con la que se viniera realizando con anterioridad al acceso a la pensión o a través del inicio de una nueva. Todo ello, de forma compatible con el percibo de la prestación de jubilación, aunque reducida al 50 % con respecto a la cuantía que obtendría con la jubilación ordinaria. De esta forma, y mientras dure la compatibilidad, se produce la reducción equivalente a dicho porcentaje, excluido el complemento por mínimos. Es decir, una vez producido el cese de la compatibilidad, por cese del trabajo, la persona trabajadora restablece el percibo íntegro de la pensión.

Ahora bien, resulta preciso advertir que, aunque la ley expresamente no lo mencione, para que esta compatibilización opere en términos de legalidad es imprescindible que la persona pensionista solicite a la entidad gestora esta opción de compatibilidad, ya que, en caso contrario, se trataría de una pensión indebidamente percibida, cuyas cuantías recibidas serían reclamadas por la Seguridad Social (Cavas Martínez, 2017, p. 178).

Por otra parte, cabe señalar que el contenido de esta modalidad de jubilación activa incluye, junto a la cuantía señalada, una disminución de las cotizaciones vinculadas a la actividad que se sigue desarrollando, que quedan reducidas a una cotización especial de solidaridad en concepto de contingencias de incapacidad temporal y profesional, con un porcentaje del 9 %, no computables para generar otros derechos prestacionales (art. 309 LGSS).

En cuanto a los requisitos configuradores de esta modalidad de disfrute de la jubilación, hay que mencionar que se trata de exigencias estrechamente relacionadas con las previstas para la jubilación ordinaria, pues tan solo se puede acceder a esta compatibilidad si se cumple con los requisitos para ver reconocida esta modalidad ordinaria, y además se hace en condiciones de recibirla de forma íntegra, por haber podido acreditar los periodos de cotización necesarios para ello. Por consiguiente, son requisitos relacionados tanto con la edad como con la carrera de cotización que se tenga a dicha edad, sin que, a estos efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que puedan ser de aplicación según el artículo 206 de la LGSS, que están relacionadas con la actividad y/o condición individual de la persona interesada (Cavas Martínez, 2017; Rodríguez Iniesta, 2016).

De este modo, se excluye de esta posibilidad a las personas trabajadoras autónomas que optan por la jubilación anticipada, cuyas opciones vinculadas al envejecimiento activo se limitan, bien a realizar una actividad profesional por cuenta propia que no les reporte ingresos superiores al SMI, o a suspender la prestación de jubilación y reincorporarse a la actividad laboral como cualquier otra persona trabajadora no pensionista.

Según lo expuesto, tan solo pueden acogerse a la jubilación activa aquellas personas trabajadoras autónomas que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 205.1 a) de la LGSS, a

partir de 2027, acrediten un periodo de cotización de 38 años y 6 meses, bien a los 65 años o, en su defecto, a los 67. Es decir, si a los 65 años puede acreditar tal periodo de carencia, podrá jubilarse, y, en caso contrario, tendrá que esperar hasta cumplir los 67. Se pretende con ello evitar que opten por esta jubilación activa aquellas personas trabajadoras con una menor carrera de cotización, teniendo en consideración que, a estos efectos, no son tenidas en cuenta las posibles cotizaciones obtenidas con posterioridad al momento en que se cumplen los requisitos para ser perceptor/a de una prestación de jubilación ordinaria, tal y como ocurre en el caso de la jubilación demorada –reconoce a la persona interesada un porcentaje adicional por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió la edad legal de jubilación y la del hecho causante de la pensión (art. 210.2 LGSS)–, en la situación de suspensión de la prestación por incorporación, parcial o total, al desempeño de la actividad laboral, o en la puesta al día en el pago de las cotizaciones (STS de 30 de mayo de 2017, rec. 2268/2015) (Cavas Martínez, 2017, pp. 184-188).

Luego, si hasta la reforma de 2013 la única opción de compatibilidad entre el disfrute de la jubilación ordinaria y el trabajo quedaba condicionada a los beneficios obtenidos por la actividad, a partir de dicha reforma se introduce otra posibilidad en la que el montante económico derivado de la actividad que se continúa realizando resulta indiferente, y con la que se consiguen diversos objetivos, tanto desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema como de la persona trabajadora.

Así, en lo que respecta a la disminución de la presión financiera del sistema, se consigue tanto mantener las cotizaciones asociadas a esa persona trabajadora, aunque reducidas, como la reducción del gasto en pensiones derivado de la minoración de estas jubilaciones en un 50 %. En lo concerniente a la persona trabajadora, esta modalidad permite continuar ejerciendo la actividad viendo, por un lado, aumentado el poder adquisitivo, al recibir de forma compatible unos ingresos extras en concepto de pensión, y, por otro, reducidos los gastos asociados al desarrollo del trabajo y vinculados a las cotizaciones, pues, como ya se ha dicho, estas quedan reducidas a una cotización especial de solidaridad. Igualmente, se beneficia de las ventajas implícitas a la condición de pensionista, como el ahorro en la adquisición de medicación, de cuyo pago se encuentran exentas, o en otros aspectos de tipo impositivo, por poder acogerse a ciertas bonificaciones o reducciones.

Ahora bien, a efectos de la rentabilidad global que esta modalidad de jubilación aporta a la persona trabajadora, junto a estos beneficios, es preciso también considerar la rebaja que conlleva la pensión, de manera que, para que este tipo de compatibilización compense en términos económicos, es necesario tener la seguridad de que la continuidad de la actividad va a reportar unos ingresos económicos suficientes que hagan contrarrestar la desventaja que conlleva la reducción de la pensión. Téngase en cuenta en este sentido que esta opción de continuidad, con un determinado nivel de dedicación que permita obtener unos ingresos suficientes que hagan compensar dicha disminución de la pensión, no siempre resulta factible, pues depende de las condiciones individuales de la persona trabajadora en relación con su estado de salud y/o las aptitudes que se precisen para el ejercicio de la actividad,

según la naturaleza de esta. Más aún en el caso de las personas trabajadoras autónomas que acceden a la jubilación activa a través de esta modalidad, por no tener trabajadores/as a su cargo a quienes poder delegar determinadas tareas que puedan ser incompatibles y/o peligrosas, de acuerdo con el deterioro en la salud asociado a las edades del envejecimiento activo. Consecuentemente, el estado de salud de la persona trabajadora puede convertirse en el factor determinante y central de la rentabilidad de este modelo de compatibilización.

3.2.2. Compatibilización de jubilación y trabajo con, al menos, una persona trabajadora a cargo

En línea con el proceso iniciado con la ley de 2011 de fomentar el envejecimiento activo, la disposición final quinta de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo, que modifica los apartados 2 y 5 del artículo 214 de la LGSS, regula otro supuesto de jubilación activa específico para las personas trabajadoras autónomas más ventajoso que el anterior, pues no conlleva penalización de la cuantía de la pensión a percibir, que, como se ha dicho, puede condicionar la decisión del autónomo/a de prolongar su vida laboral si no tiene la seguridad de que la actividad se va a desarrollar con unos niveles de estabilidad y altos ingresos que hagan compensar dicha reducción.

De este modo, se regula una modalidad de jubilación activa que resulta más atractiva para este colectivo, pero que, como no puede ser de otro modo, conlleva la exigencia de mayores requisitos. Así, junto al requerimiento del caso anterior de poder acceder a la jubilación ordinaria en condiciones de obtener una pensión íntegra, se añade otro requisito adicional y específico de esta modalidad, que es la obligatoriedad de tener contratada, al menos, a una persona trabajadora por cuenta ajena.

De acuerdo con esto, la persona trabajadora autónoma, empleadora de otro trabajador/a –tanto si ya tiene la condición de pensionista como si no–, que quiera mantenerse en activo, puede hacerlo de forma compatible con el percibo del 100 % de la prestación. Todo ello, siempre y cuando se mantenga un mismo nivel de empleo, es decir, esta posibilidad se sujeta al mantenimiento de la contratación de la persona o personas trabajadoras contratadas al inicio de esta compatibilización (Goerlich Peset y García Ortega, 2017; Mercader Uguina y García-Perrote Escartín, 2018).

Como se ha dicho, la razón de ser de los nuevos modelos de jubilación orientados a prolongar la vida laboral de las personas trabajadoras no es otra que equilibrar la balanza entre las variables de ingreso y gasto de la Seguridad Social, como medida necesaria para garantizar su sostenibilidad y el percibo de la prestación de jubilación a largo plazo. Según esto, esta medida de compatibilización, que permite percibir el 100 % de la cuantía de la prestación y, en consecuencia, no reduce el gasto social en pensiones, *a priori*, podría parecer contradictoria. Sin embargo, si se tiene en cuenta que su reconocimiento queda condicionado a la contratación de, al menos, una persona trabajadora a su cargo –ya sea anterior al momento

de la solicitud de compatibilización o con motivo de ella–, el objetivo de esta medida, en lugar de ser valorado desde la perspectiva del gasto, ha de analizarse atendiendo a la variable opuesta, que también condiciona la balanza de sostenibilidad, es decir, el nivel de ingresos. De esta forma, se pretende aumentar el nivel de ingresos en cotizaciones a través del fomento del empleo de otros trabajadores/as, garantizando así el ingreso de las cuantías correspondientes tanto a las cotizaciones de la propia persona trabajadora autónoma, también reducidas, como en el caso anterior, como de la persona o personas trabajadoras a su cargo.

Luego, nos encontramos ante un supuesto de jubilación activa cuyo objetivo central no es la reducción del gasto en pensiones, sino el fomento del empleo, sin que esta obligación se entienda incumplida cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario declarados precedentes. Aspecto que ha sido relevante en el fallo emitido por el TS en las recientes sentencias de unificación de doctrina, cuyo objeto es la delimitación del ámbito personal de aplicación de esta modalidad de jubilación, a tenor de las controversias que su aplicación práctica venía produciendo con relación a las personas trabajadoras autónomas societarias. Ahora bien, conviene señalar que, aunque estas sentencias estén referidas únicamente a este colectivo, las problemáticas interpretativas en torno a esta forma de compatibilización han estado presentes desde el inicio también para otras categorías de trabajadores/as.

Las primeras dudas surgieron con respecto a las personas trabajadoras por cuenta ajena encuadradas en el sistema especial de empleados/as de hogar y su consideración como sujetos incluidos en el precepto regulado en el nuevo apartado del artículo 214 de la LGSS. Ante este problema, la DGOSS emitió el Criterio de gestión 26/2017, de 21 de noviembre, en el que estableció que:

[...] de igual manera, se entenderá cumplido este requisito si el trabajador autónomo acredita la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo que dé lugar a la inclusión del trabajador por cuenta ajena en el sistema especial de empleados del hogar.

Si bien, la vigencia de este criterio se extendió a tan solo unos meses, ya que, con fecha de 26 de julio de 2018, esta misma institución emitió un nuevo criterio interpretativo referido a este precepto de la ley, con nuevas reglas de aplicación en sentido restrictivo, tanto referidas a estas personas trabajadoras como a la propia trabajadora autónoma.

Así, este nuevo criterio señaló que:

[...] únicamente se entenderá cumplido este requisito si el trabajador autónomo acredita la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo –ya sea a jornada completa o parcial– para el desempeño de un puesto de trabajo relacionado con la actividad o actividades por la/s que haya dado lugar a su alta en el sistema de Seguridad Social como trabajador autónomo.

Por tanto, se acota la extensión del ámbito personal de la persona trabajadora por cuenta ajena a tan solo aquellas cuya contratación u ocupación esté relacionada con la/s del empleador, pues téngase en consideración que el trabajador/a constituido como autónomo, con un alta única en el RETA, puede realizar simultáneamente distintas actividades, siempre que se trate de trabajos encuadrados en este régimen (art. 46.3 RD 84/1996, de 26 de enero).

Igualmente ocurrió en el caso de la contratación de la persona trabajadora por cuenta ajena realizada en el ámbito familiar, en los términos del artículo 12.1 de la LGSS. Esto es, la contratación del/de la cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, cuando conviven en su hogar y estén a su cargo. En este caso, se estipula que solo se puede optar por este modo de compatibilidad de la jubilación cuando se haya podido acreditar la condición de persona trabajadora por cuenta ajena del trabajador/a familiar contratado. Es decir, solo ante el supuesto excepcional previsto por la norma, pues esta parte de una presunción *iuris tantum* de que estas personas trabajadoras han de ser consideradas trabajadores/as autónomos colaboradores, que cotizan en el RETA (art. 305.2 k). Todo ello, con la excepcionalidad prevista por el apartado 2 del mismo artículo, que considera como personas trabajadoras por cuenta ajena a hijos/as del empleador que convivan con él y estén a su cargo, siempre y cuando sean menores de 30 años o, siendo de mayor edad, tengan especiales dificultades para la inserción laboral como consecuencia de una discapacidad intelectual, con grado reconocido, de al menos un 33 %, o una discapacidad física o sensorial en un grado de al menos un 65 %.

Junto al criterio anterior relativo a la figura de la persona trabajadora por cuenta ajena se emitió otro, también de carácter restrictivo, en este caso con respecto a la figura de la persona trabajadora autónoma empleadora, a efectos de entender cumplido este requisito de fomento del empleo, pues dispone que esta contratación tan solo puede llevarse a cabo por el autónomo/a que, actuando como persona física, se encuentre incluido en el campo de aplicación del RETA en virtud del artículo 305.1 de la LGSS. Asimismo, declara expresamente excluidas a aquellas personas trabajadoras encuadradas en este régimen según el apartado 2 de dicho artículo por las letras b), c), d), e) y l). Esto es, a quien tenga la condición de consejero/a, administrador/a o socio/a, siempre que se tenga el control efectivo de la sociedad, así como a los comuneros/as de las comunidades de bienes y los socios/as de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común, a los que se refiere el artículo 1.2 b) de la Ley 20/2007, de 11 de julio.

Según esto, cabría pensar que otras personas trabajadoras integradas en el RETA, que actúan como persona física, como es el caso de los notarios/as o registradores/as de la propiedad, podrían acogerse a esta modalidad de jubilación activa. Si bien, es necesario tener presente que, aunque estas personas trabajadoras coticen en este régimen (art. 305.2 h) e i) LGSS), su naturaleza jurídica es la de funcionarios/as públicos y, por tanto, resulta de aplicación el régimen de incompatibilidades previsto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, y la expresa exclusión a esta modalidad de jubilación estipulada por el artículo 214.7, párrafo segundo.

Así pues, estos/as profesionales, que son funcionarios/as, no pueden compatibilizar la jubilación activa y la actividad de funcionario/a (STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de mayo de 2019, rec. 325/2018, referida a un notario).

De conformidad con este espíritu restrictivo, ya no basta con la inclusión en el RETA, sino que se distingue entre los diversos tipos de personas autónomas, diferenciando a quien trabaja como persona física, en el supuesto clásico del apartado 1, de otros con distinta naturaleza. De este modo, si la inclusión de la persona autónoma «clásica» en el ámbito personal de aplicación de esta modalidad de compatibilidad es clara y no ha generado ningún tipo de controversia, distinta ha sido la situación con respecto a otras con distinta naturaleza jurídica. Concretamente, en relación con las personas autónomas societarias, que veían denegadas las solicitudes de jubilación activa en esta modalidad por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). En todas ellas, el criterio y razonamiento alegado por este organismo era que, con base en el artículo 214.2 de la LGSS, las personas solicitantes no tenían individual y personalmente contratado a ningún trabajador/a por cuenta ajena, sino que la entidad contratante en estos casos era la sociedad.

Algunas de estas resoluciones denegatorias fueron recurridas y objeto de procesos judiciales, cuyas resoluciones contrapuestas han culminado en la reseñada doctrina del TS, que pone fin a los recursos interpuestos por el INSS y la TGSS contra diversas sentencias que declararon el derecho de las personas trabajadoras autónomas societarias a percibir la pensión de jubilación activa en una cuantía del 100 % de su base reguladora mensual, condenando a las entidades gestoras de la Seguridad Social al abono a estos trabajadores/as de dicha pensión junto con los atrasos correspondientes. Criterio opuesto al de la sentencia de contraste alegada en todas ellas, la dictada por el TSJ de Asturias en fecha 26 de diciembre de 2018 (rec. 2239/2018), que, ante un mismo supuesto de hecho, es decir, una persona autónoma societaria con, al menos, un trabajador/a contratado, denegaba esta modalidad de compatibilidad de la jubilación (SSTS de 23 de julio de 2021, rec. 2956/2019, contra la STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019, rec. 398/2019; rec. 4416/2019, contra la STSJ de La Rioja de 10 de octubre de 2019, rec. 101/2019; rec. 1328/2020, contra la STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2020, rec. 3225/2019; rec. 1459/2020, contra la STSJ de La Rioja de 5 de marzo de 2020, rec. 20/2020; rec. 1515/2020, contra la STSJ de La Rioja de 5 de marzo de 2020, rec. 32/2020; rec. 1702/2020, contra la STSJ de La Rioja de 18 de junio de 2020, rec. 49/2020; de 21 de septiembre de 2021, rec. 1539/2020, contra la STSJ de La Rioja de 15 de mayo de 2020, rec. 29/2020).

Así, el motivo de casación formulado por la parte recurrente es la denuncia de infracción del artículo 214.2, párrafo segundo, en relación con el artículo 305.1 y 2 b) de la LGSS. Es decir, el elemento de contradicción y análisis es la naturaleza jurídica del empleador, bien como autónomo «clásico» o como persona jurídica, y la amplitud de la interpretación del precepto literal del artículo 214. Esto es, el carácter restrictivo o inclusivo de dicho artículo, de manera que se incluya o no un supuesto que no está expresamente previsto en él: la persona autónoma societaria cuya mercantil tiene contratados a uno o varios trabajadores/as.

Como se ha dicho, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 214.2, párrafo segundo, el requisito que condiciona esta modalidad de prolongación de la vida laboral de forma compatible con el percibo de la totalidad de la pensión es la contratación de al menos un trabajador/a por cuenta ajena. Sobre este aspecto, el TS manifiesta que, si la empresa es una sociedad mercantil, el empleador es la persona jurídica y no sus consejeros/as o administradores/as, por lo que, en sentido estricto, no se cumple el citado requisito legal.

Ahora bien, junto a este punto de partida, el tribunal analiza también otros aspectos que considera relevantes para dilucidar si cabe darse una interpretación extensiva a dicho supuesto, que permita acogerse a los beneficios de esta modalidad de jubilación activa a un sujeto distinto al expresamente regulado por la norma. En este caso, la persona autónoma societaria.

Según lo anterior, el siguiente aspecto que ha sido objeto de análisis por parte del tribunal es la finalidad de la reforma operada por la Ley 6/2017 al introducir esta nueva forma de jubilación activa, que no es otra que favorecer la conservación del nivel de empleo. Es decir, se pretende evitar la posible destrucción de empleo derivada de la jubilación total del empleador. Aspecto que nos lleva nuevamente a la distinción entre la titularidad del empleador como persona física o jurídica, ya que, en el primer caso, la jubilación del empresario es causa extintiva del contrato de trabajo, vía artículo 49.1 g) del Estatuto de los Trabajadores (ET) –siempre y cuando la titularidad de la actividad la ostente una única persona física, ya que, si se trata de una empresa con cotitularidad sin forma societaria, la jubilación de uno de los titulares no permite la extinción del vínculo laboral (SSTS de 15 de abril de 1992, rec. 1713/1991, y 25 de junio de 1992, rec. 1844/1991)–, mientras que, en el segundo caso, el contrato se mantiene vigente a pesar de la jubilación de uno de los consejeros/as o administradores/as sociales. Tan solo se produciría la extinción del contrato de trabajo si se produjera la extinción de la personalidad jurídica del empleador, en este caso, a través del artículo 53.1 del ET, que regula el despido colectivo, por lo que esta extinción no necesariamente tiene que encontrarse vinculada con la jubilación de sus consejeros/as o administradores/as.

En este sentido, considera la sentencia que, si el espíritu de la norma es evitar la destrucción del empleo como consecuencia de la jubilación del empleador, es necesario advertir que el reconocimiento de la compatibilidad de la pensión de forma plena con la actividad de la persona autónoma societaria podría dar lugar a que varios socios/as y administradores/as sociales de una mercantil, con un único trabajador/a contratado, pudieran compatibilizar sus pensiones a través de esta modalidad, aun cuando tan solo se mantuviera un único contrato de trabajo. Es decir, podría dar lugar a que, por ejemplo, cuatro socios/as se jubilen con una pensión del 100 %, pese a que solo se mantenga el empleo de un trabajador/a. Supuesto que iría en contra del tenor literal de la norma.

Por último, otro de los elementos de análisis, que ha resultado trascendental para determinar el alcance de la interpretación del precepto «si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena» del párrafo segundo del artículo 214.2, es la responsabilidad patrimonial de una persona autónoma u otra.

La sentencia hace referencia a que, si la persona trabajadora autónoma, que actúa y contrata como persona física, asume el riesgo personal derivado de la actividad, con la prolongación de la vida activa estaría no solo prolongando una fuente de ingresos, sino también un riesgo empresarial personal que justifica que, si tiene contratado al menos a un trabajador/a, disfrute de una compatibilidad plena de la pensión de jubilación y de sus ingresos como autónomo/a. Por el contrario, si el consejero/a o administrador/a de una sociedad mercantil, que no suscribe contrato alguno con ninguna persona trabajadora (en todo caso, lo hace representando a la empresa), se beneficia de la limitación de la responsabilidad societaria, que supone que ni responde de las deudas salariales, ni de las cotizaciones a la Seguridad Social derivadas del alta en la Seguridad Social del trabajador/a contratado por la mercantil, si quiere disfrutar de la compatibilidad plena entre pensión e ingresos, debe desarrollar una actividad por cuenta propia actuando como persona física y no a través de una sociedad mercantil. Todo ello, bajo la premisa de que considera que no cabe la pretensión de actuar bajo el amparo de una sociedad mercantil, con personalidad jurídica propia, para lo que resulta favorable (la limitación legal de responsabilidad para los socios/as o partícipes –art. 1 LSC–), y tratar de evitarlo para lo que resulta desfavorable.

De conformidad con lo expuesto, los elementos tenidos en cuenta por la sentencia son la consideración de la persona contratante como física o jurídica, el mantenimiento del empleo como circunstancia que justifica el mayor contenido de esta modalidad de jubilación y la extensión de la responsabilidad del contratante con respecto a su patrimonio personal o societario. Aspectos cuyo eje central y condicionante es la titularidad de la persona contratante de la relación laboral, cuya diferenciación, según indica el tribunal, determina la inexistencia de vulneración del principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 de la CE, pues supone la inexistencia de términos de comparación homogéneos.

De acuerdo con los argumentos descritos y a propósito de otra de las categorías de personas trabajadoras autónomas a las que la DGOSS de 21 de noviembre de 2017 excluyó de la posibilidad de acogerse a esta modalidad de compatibilización, es decir, los comuneros/as, cabe considerar que, aunque resultan coincidentes los razonamientos del tribunal referidos a la responsabilidad patrimonial personal del empleador, no se cumple con el motivo relativo a la contribución del fomento del empleo. O, dicho de otro modo, la comunidad de bienes se diferencia sustancialmente de las restantes modalidades de sociedad civil o mercantil en la circunstancia de que las comunidades de bienes no poseen personalidad jurídica distinta a la de los comuneros/as o titulares de la comunidad, de manera que, aunque la comunidad figure como potencial empleadora del trabajador/a por cuenta ajena, la responsabilidad económica o laboral que pudiera imputarse a la comunidad, lejos de limitarse a una responsabilidad societaria, alcanza al patrimonio personal de sus comuneros/as. Circunstancia coincidente con la figura de la persona trabajadora autónoma «clásica», que además sirvió de fundamento de otro tribunal para reconocer esta modalidad de compatibilización a un comunero, en contra del criterio del INSS (STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2019, rec. 455/2019). Sin embargo, en la medida en que la jubilación de uno de sus comuneros/as no permite el despido de la persona trabajadora, el hecho de que un

comunero/a decida optar por prolongar su vida laboral acogiendo a esta modalidad de jubilación activa no contribuye a la continuidad del contrato de trabajo de la persona trabajadora, por lo que no se daría el presupuesto de contribución al fomento del empleo al que también hace referencia el TS.

Según el Alto Tribunal, la aplicación de un criterio restrictivo en la determinación del ámbito personal de aplicación del artículo 214.2, párrafo segundo, se realiza en coherencia con el carácter excepcional de estas modalidades, que cabe recordar suponen una alteración del principio básico y general, que es la incompatibilidad entre el disfrute de la pensión de jubilación y el trabajo. Luego, si a tenor de esto la interpretación de la norma ha de hacerse en sentido restrictivo, por tratarse de una excepción a la regla general de incompatibilidad, puede entenderse que igual criterio limitante ha de aplicarse a la situación de las personas trabajadoras autónomas comuneras.

Parece contradictorio que, por un lado, se fomenten estas fórmulas de envejecimiento activo y, por otro, se argumente que la interpretación de la extensión del ámbito personal de aplicación de la modalidad de jubilación activa del artículo 214.2, párrafo segundo, es decir, la que permite prolongar la vida laboral con una cuantía del 100 % de la base reguladora, haya de hacerse en sentido restrictivo, precisamente por ser una excepción al principio general de incompatibilidad.

4. Conclusiones

Son diversas las opciones de jubilación que, desde la perspectiva del envejecimiento activo, se vienen configurando para prolongar la vida laboral de las personas trabajadoras más allá de la edad legal de jubilación. Entre ellas, las fórmulas de jubilación activa, que rompen con el clásico principio de incompatibilidad entre trabajo y jubilación, y permiten el desempeño de la actividad laboral de forma compatible con el percibo de la pensión. Todo ello, bajo la premisa de que, por un lado, es imprescindible el establecimiento de medidas que permitan paliar el riesgo de insostenibilidad del sistema de Seguridad Social y, por otro, que la mejora del nivel de salud de la ciudadanía y el aumento de la esperanza de vida implican que cada vez sean más las personas que llegan a esta edad de jubilación en condiciones óptimas para continuar desempeñando su profesión.

Ahora bien, si se toman en consideración los datos señalados que indican que las personas trabajadoras autónomas hacen uso de estas fórmulas de compatibilidad en un porcentaje muy superior a las trabajadoras por cuenta ajena y que la cuantía media de sus pensiones es menor que la de estas últimas, se hace preciso tener en cuenta que quizás la voluntariedad de estas fórmulas, *de facto*, es algo ficticio para determinadas personas, que hacen uso de ellas como una medida imprescindible para complementar las insuficientes pensiones de jubilación. Esto, a pesar de que las capacidades físicas y aptitudes

individuales pudieran no ser las óptimas para el desarrollo de la profesión –según el nivel de salud de la persona y el tipo de trabajo que realice–, o no por lo menos en términos de seguridad y salud laboral.

Así, nos encontramos ante una prestación de jubilación cuya problemática de sostenibilidad sirve de ejemplo del controvertido debate entre economía y bienestar social, cuyos requisitos en relación con las edades de acceso cada vez más tardías resultan paradójicos con otras disposiciones como los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que pretenden promover un trabajo decente, una mejora de las condiciones de salud y bienestar social, y una reducción de las desigualdades.

Referencias bibliográficas

- Asociación de Trabajadores Autónomos (ATA). (26 de agosto de 2019). *La pensión media de autónomos se ha incrementado un 30 % en la última década*. <https://n9.cl/e5jop>
- Barceló Fernández, J. (2016). La protección de la salud laboral de los trabajadores de edad avanzada. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 397, 57-86. <https://bit.ly/35oyGak>
- Cavas Martínez, F. (2017). Requisitos de acceso a la pensión de jubilación activa. Comentario a la STS, Social, de 30 de mayo de 2017, rcud. 2268/2015. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 13, 175-189.
- Comisión Europea. (2012). *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*. Bruselas. <https://n9.cl/2u95d>
- Congreso de los Diputados. (2010). *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*. https://www.congreso.es/docu/comisiones/PactTole/153_000001_0000.pdf
- Congreso de los Diputados. (2020). *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-175.PDF
- Goerlich Peset, J. M. y García Ortega, J. (2017). La reforma del régimen de autónomos en la Ley 6/2017. *Revista de Información Laboral*, 12, 17-38.
- Guindo Morales, S. (2019). Condiciones laborales de los trabajadores maduros: tiempo de trabajo y salud laboral. En J. L. Monereo Pérez y J. A. Maldonado Molina (Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral* (pp. 287-306). Comares.
- Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT). (2015). *Estrategia española de seguridad y salud en el trabajo 2015-2020*. <https://www.insst.es/documentacion/catalogo-de-publicaciones/estrategia-espanola-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo-2015-20201>
- López Anierte, M. C. (2012). Acerca de la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 156, 59-81.
- López Anierte, M. C. (2014). Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo

- régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 164, 55-86.
- Maldonado Molina, J. A. (2017). La pensión de jubilación ordinaria. Conceptos, requisitos y cuantía. En J. L. Monereo Pérez (Dir.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II* (pp. 61-76). Laborum.
- Mercader Uguina, J. R. y García-Perrote Escartín, I. (2018). Jubilación activa y trabajadores autónomos: un camino sembrado de interrogantes. *Revista de Información Laboral*, 11, 10-16.
- Mercader Uguina, J. R.; Puebla Pinilla, A. de la y Muñoz Ruiz, A. B. (2013). Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de jubilación. En J. R. Mercader Uguina (Dir.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo* (pp. 143-252). Lex Nova.
- Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. (2021a). Información financiera de la Seguridad Social. https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/a54a5f80-9ecb-4d70-a279-3a2e68622b99/Coyuntura+AGOSTO_2021.pdf?MOD=AJPERES
- Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. (2021b). *Informe económico-financiero a los presupuestos de la Seguridad Social de 2021. Tomo III*. <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/3d680e1c-7575-4011-a23d-fcf61b1532f8/20213I03ECO.pdf?MOD=AJPERES>
- Monereo Pérez, J. L. (2019). La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros. En J. L. Monereo Pérez y J. A. Maldonado Molina (Dir.), *Envejecimiento activo y vida laboral* (pp. 197-286). Comares.
- Rodríguez Egío, M. M. (2019). El trabajo autónomo en edad avanzada: aspectos preventivos y de seguridad social. *Revista Derecho Social y Empresa*, 10, 191-213.
- Rodríguez Iniesta, G. (2016). Jubilación activa. En C. Sánchez Trigueros (Dir.), *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo* (pp. 399-412). Aranzadi.
- Selma Penalva, A. (2013). Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 6(2), 65-87.
- Sempere Navarro, A. V. (2013). El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 5(9), 15-32.

