

JUBILACIÓN Y ENVEJECIMIENTO ACTIVO

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

EXTRACTO

Palabras clave: Jubilación, trabajo, compatibilidad, edad.

En el sistema español de Seguridad Social, la expresión “envejecimiento activo” se ha vinculado con una concreta regla de compatibilidad del trabajo con el disfrute de la pensión de jubilación. Se trata de una regulación que procede del RD-Ley 5/2013 y que ha sufrido ya algunas importantes modificaciones y que ha vuelto a ser afectada por la reforma de Seguridad Social de 2021. En este artículo se analiza el desarrollo de la referida normativa, a través de sus motivaciones y de la doctrina judicial que la ha aplicado. Se presta especial atención a la perspectiva que sobre ella expresan el informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo y el Acuerdo entre las partes sociales y el Gobierno de 2021 y, sobre todo, a las reformas derivadas de ambos instrumentos. La conclusión que se alcanza consiste básicamente en que no existe en el sistema español de Seguridad Social un modelo definido sobre la compatibilidad entre la prestación de un trabajo por cuenta propia o ajena y la percepción de la pensión de jubilación. Es cierto que los documentos programáticos se muestran partidarios de facilitarla, pero sin que se hayan consolidado unas condiciones y unos límites más o menos claros.

ABSTRACT

Key words: Retirement, work, compatibility, age.

In the Spanish Social Security system, the expression “active aging” has been linked to a specific rule of compatibility of work with the enjoyment of the retirement pension. It is a regulation that comes from RD-Ley 5/2013 and that has already undergone some important modifications and that has once again been affected by the Social Security reform of 2021. This article analyzes the development of the aforementioned regulation, through its motivations and the case-law that has applied it. Special attention is paid to the perspective expressed on it in the Report on the Evaluation and Reform of the Pacto de Toledo and the Agreement between the social parties and the Government of 2021 and, above all, to the reforms derived from both instruments. The conclusion reached is basically that there is no defined model in the Spanish Social Security system on the compatibility between the provision of subordinate or autonomous work and the receipt of a retirement pension. It is true that the programmatic documents are in favor of facilitating it, but without more or less clear conditions and limits having been consolidated.

ÍNDICE

1. IDENTIFICACIÓN DEL “ENVEJECIMIENTO ACTIVO” EN EL MARCO NORMATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
2. LA EVOLUCIÓN DEL ACTUAL ART. 214 LGSS.
 - 2.1. El régimen inicial del RD-Ley 5/2013
 - 2.2. La reforma de 2017
 - 2.3. Un interesante retoque en 2020
 - 2.4. Desde el informe del Pacto de Toledo hasta la Ley 21/2021
3. LAS NOVEDADES DE LA LEY 21/2021 EN TORNO AL “ENVEJECIMIENTO ACTIVO”
 - 3.1. La incompatibilidad con el complemento por jubilación a una edad superior a la ordinaria
 - 3.2. El retraso en un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación
 - 3.3. La derogación de los requisitos de mantenimiento del empleo
4. LA DOCTRINA JUDICIAL PRODUCIDA EN TORNO A LA JUBILACIÓN ACTIVA
 - 4.1. En torno a la actividad por cuenta propia que permite la compatibilidad con el 100 por 100 de la pensión
 - 4.2. Sobre la causa del contrato efectuado por la persona que accede a la jubilación activa compatible con el 100 por 100 de la jubilación
5. UNA REFERENCIA BREVE AL ENVEJECIMIENTO ACTIVO EN CLASES PASIVAS DEL ESTADO
6. CONCLUSIÓN

1. IDENTIFICACIÓN DEL “ENVEJECIMIENTO ACTIVO” EN EL MARCO NORMATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La expresión “envejecimiento activo” ha tenido un importante protagonismo en el método abierto de coordinación, en torno al diseño de las políticas de jubilación en los distintos Estados Miembros¹. En este sentido, más que un término que hace referencia a una concreta institución jurídica, constituye una expresión con una fuerte carga política, en términos de estrategia integral de permanencia de las personas en el mercado de trabajo hasta momentos más avanzados de su vida y, más en general, de mantenimiento de su participación plena en la vida social.

Sin embargo, cuando se analiza este tópico desde la perspectiva del sistema español de Seguridad Social, el objeto de debate es mucho más restringido y técnico, pues ha sido coaptado por una concreta institución que se contiene en el art. 214 de la LGSS, cuya rúbrica es, precisamente, “pensión de jubilación y envejecimiento activo”. Por consiguiente, es a este concreto asunto al que se van a dedicar las páginas que siguen. El empeño, por otra parte, no resulta menor, después de nueve años de vigencia de unas normas que, de algún modo, han

¹ Waker, A. y Maltby, T., *Active ageing: A strategic policy solution to demographic ageing in the European Union*, International Journal of Social Welfare, vol. 21, 2012, pp. S117 ss. En la doctrina española, vg., Sánchez-Urán Azaña Y., *Envejecimiento activo: política social y derecho*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 160/2013, pp. 63 ss.

trastocado una tradición de fuerte incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. Por supuesto, no han sido las primeras², pero sí, por su intensidad, las que más han cuestionado dicha tradición. Y, dicho sea de paso, la redacción originaria de lo que hoy es el art. 214, contenida en los arts. 1 a 4 del RD-Ley 5/2013, no apelaba al envejecimiento activo, sino que la rúbrica de su capítulo I expresaba, de forma mucho más descriptiva, “compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo”.

El punto de inflexión, dejando al margen otros antecedentes algo más remotos³, hay que ponerlo en el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2011⁴, cuya Recomendación 12, bajo la rúbrica “Edad de jubilación” introducía la siguiente propuesta: *“hay que introducir esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión. Resulta adecuada, en la misma línea que otros países de nuestro ámbito, una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral”*.

Curiosamente, la iniciativa más importante derivada de esa propuesta se desarrolló de espaldas al diálogo social. En concreto, en el RD-Ley 5/2013, de 15 marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Al margen de acoger el tópico del “envejecimiento activo” en su propia rúbrica, se trata de una norma que, sin lugar a dudas, dio un paso decisivo en orientar la normativa de Seguridad Social en un sentido más aperturista hacia la compatibilización del disfrute de la pensión de jubilación con el desarrollo de ciertas actividades por cuenta propia o por cuenta ajena. Su Exposición de Motivos, como no podía ser de otro modo, apelaba a las tendencias de la UE, expresadas en sus propios documentos programáticos o en recomendaciones generales o específicas a los Estados Miembros, o a través del Método Abierto de Coordinación. Expresaba, como idea general, que *“el incremento de la edad de jubilación, la prolongación de la vida activa y el incremento de la participación en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad suponen elementos básicos para la adecuación y sostenibilidad de las pensiones”*.

² Un muy interesante repaso por todas ellas, en López Anierte, C., *Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 164, 2014, pp. 55 ss.

³ Sobre ellos, Cabeza Pereiro, J., “La incompatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación total”, en VV.AA. (coords. Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a.N.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares (Granada, 2008) pp. 639 ss.

⁴ BOCG de 31 enero 2011.

A partir de esta idea central, el apartado III de la misma EdM planteaba el nervio central de la reforma por lo que a la institución que se trata en estas páginas se refiere: *“el capítulo I de este real decreto-ley regula la compatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena para 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 así que aquellos trabajadores que han accedido a la jubilación al alcanzar la edad legal, y que cuentan con largas carreras de cotización, puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50 % de la pensión, con unas obligaciones de cotización social limitadas”*.

Las finalidades de la reforma, se centraron, así pues, en un triple haz de objetivos: los primeros, centrados en la idea de prolongar la vinculación de las personas con el mercado de trabajo, pues a él básicamente parece referirse la expresión “vida activa”, con un propósito difuso a medio camino entre la protección de las expectativas profesionales de las personas maduras, la evitación de eventuales discriminaciones por razón de edad y el ensanchamiento de las carreras de cotización de las personas que se acojan a este tipo de medidas. Los segundos, destinados a la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social, a través del cobro solo parcial de la pensión de jubilación, el mantenimiento de cotizaciones en los términos que serán objeto de análisis y el cobro de la pensión íntegra de jubilación durante un período de tiempo más reducido a la vista de la esperanza promediada de vida en nuestro país y su evolución. Los terceros, centrados en el mantenimiento y aprovechamiento de la capacidad, conocimiento y experiencia profesionales de las personas trabajadoras mayores, y desde una perspectiva de recursos humanos. Sin duda el enunciado de todos ellos debería incidir en la interpretación que se desarrolle de los preceptos concernidos.

Particular interés tiene, con la vista puesta en la reforma introducida por la Ley 21/2021, de 28 diciembre, a la que más tarde se hará referencia, el primer párrafo del apartado IV de la EdM, que explicitaba el porqué de unas precauciones que se tomaba la norma a fin de que no se sustituyese empleo ordinario por empleo de personas acogidas a la jubilación activa, con la consiguiente merma de las garantías de empleo y de las aportaciones a la seguridad Social⁵. Habrá que reflexionar acerca de los motivos de que dicha reciente reforma haya arrumbado

⁵ *“La disposición adicional primera introduce una serie de cautelas tendentes a evitar que la modalidad de compatibilidad entre la pensión de jubilación y trabajo del Capítulo I pueda ser indebidamente utilizada por las empresas como una vía de reducción de costes a través del empleo de esta figura en fraude de ley, mediante la sustitución de parte de los puestos de trabajo actuales –fuera de los supuestos previstos en la norma– por nuevas contrataciones, que implican una menor cotización al sistema de la Seguridad Social”*.

aquellas, acaso con el fin de flexibilizar los requisitos de acceso a esta modalidad de compatibilización entre el trabajo y la jubilación.

Asimismo, la EdM expresaba la conveniencia de incorporar y regular una modalidad paralela, si bien con ciertas diferencias de matiz, de envejecimiento activo en el Régimen de Clases Pasivas del Estado. Indudablemente, era una medida que guardaba coherencia con la progresiva aproximación entre regímenes de Seguridad Social –en este caso, entre los “internos” y los “externos”–. Como consecuencia lógica, la norma de urgencia incorporó un régimen específico al respecto, con las peculiaridades precisas, que fue modificado en el año 2020 y que ha permanecido inalterado, como va a verse, en el la reforma de 2021.

El RD-Ley 5/2013 fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad que se resolvió en la STC 61/2018, de 7 junio. Sin embargo, la estimación parcial del mismo no afectó a los arts. 1 a 4, ni a la disposición adicional primera, segunda y tercera, que eran los preceptos en los que se contenía el régimen jurídico de la jubilación en régimen de envejecimiento activo. El pronunciamiento, amén del interés doctrinal indudable de su voto particular, dejó incólume una regulación, para la cual el requisito de urgencia quedó, a juicio del voto mayoritario, suficientemente acreditado.

2. LA EVOLUCIÓN DEL ACTUAL ART. 214 LGSS HASTA EL UMBRAL DE LA LEY 21/2021

2.1. El régimen inicial del RD-Ley 5/2013

Es suficientemente conocido –y así se expresa con énfasis en el voto particular de la STC 61/2018– que el RD-Ley 5/2013, aunque hunde sus raíces en el Informe del Pacto de Toledo de 2011, no está anclado en un acuerdo entre las partes sociales, a diferencia de la reforma de 2011, cuyos preceptos además modifica parcialmente. En este sentido, puede expresarse que, hasta cierto punto, la reforma de 2021 tiene su importancia porque “sana” ese vicio de origen que arrostraban muchos de los preceptos que proceden del período entre 2011 y 2021, en el que no se alcanzaron grandes acuerdos en las mesas tripartitas en materia de Seguridad Social.

El art. 1 del RD-Ley 5/2013 expresaba que las reglas del capítulo I –arts. 1 a 4– afectaban a todos los regímenes de la Seguridad Social, con excepción del de Clases Pasivas del Estado, cuya normativa específica, como ya se ha adelantado, también se modificó a los efectos de introducir un régimen paralelo de envejecimiento activo. Ahora bien, en coherencia con el art. 213.2 y 3 LGSS, exceptuaba un caso específico, el de desarrollo de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público en los términos del art. 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de incompatibilidades, el cual es absolutamente incompatible con el disfrute de

la pensión de jubilación. Era de una desigualdad de trato que, indudablemente, se explicaba por la especial configuración y las especiales características del empleo público.

El párrafo 3 del art. 1, consciente el legislador de urgencia de que el nuevo modelo de compatibilidad al 50 por 100 entre jubilación y trabajo se superponía a otros anteriormente existentes, más o menos justificados⁶, expresaba que su régimen se entendía sin perjuicio de cualesquiera otras modalidades preexistentes reguladas por norma de rango legal o reglamentario. Era, sin lugar a dudas, una puntualización importante, porque expresaba la idea de que no venía a establecer un modelo único o predominante de mantenimiento de la actividad profesional compatible con el disfrute de la pensión de jubilación, sino que se superponía a otros con los que entraba en convivencia. De modo que no latía ningún propósito de armonizar y racionalizar una materia que, desde luego, estaba y está muy necesitada de una revisión de conjunto, para superar evidentes agravios comparativos y arrastres históricos de nuestro sistema, muchos de ellos totalmente injustificados en la actualidad. La inercia y el deseo de evitar conflictos con colectivos más o menos influyentes con expectativas de derechos reforzadas por su continuidad histórica han producido esta decisión expresamente legislada de no tocar nada, propia desde luego de una voluntad política poco interesada en la unificación, armonización y equidad del sistema. Semejante tendencia se aprecia de nuevo en el art. 2, cuando regulaba los requisitos de acceso al “envejecimiento activo” sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 165 de la LGSS de 1994 (actual art. 213 del texto refundido de 2015).

Ya en cuanto a los requisitos, el art. 2 enunciaba que la compatibilidad que admitía se refería tanto al trabajo por cuenta propia como al trabajo por cuenta ajena, pero sometida a las siguientes condiciones:

- a) El cumplimiento de la edad que en cada caso resultase de aplicación, en los términos del actual art. 205.1 a) LGSS y de las normas transitorias correspondientes, pero sin que pudiesen considerarse las jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones que pudieran ser de aplicación al interesado. De modo que solo era la ordinaria, sin que cupiera acudir a este régimen de jubilación activa en momentos anteriores. Es importante destacar que el requisito se consideraba a efectos del acceso a la pensión. Es decir, aunque se alcanzase la edad prevista en la norma, si se hubiera producido una jubilación anterior, ya no sería posible acogerse a esta modalidad de compatibilización entre trabajo y pensión. Por consiguiente, establecía un tratamiento peyorativo –que debía y debe considerarse, en términos generales, adecuado– para las jubilaciones anticipadas. Como comentario crítico, probablemente debería

⁶ Sobre la justificación de unos y otros cabe remitirse de nuevo al excelente estudio de López Anierte, C., *op. cit.*

revisarse y flexibilizarse en su más estricta rigidez en cuanto a ciertos colectivos tradicionalmente en situación de desventaja, en particular el de las personas que acceden a la jubilación anticipadamente a causa de su discapacidad. La jurisprudencia reciente del TC⁷, en relación con la posibilidad de que, después de dicho acceso, pueda calificarse o revisarse el grado de discapacidad, pone de relieve que acaso haya que poner en tela de juicio una aplicación rigorista del precepto. Máxime cuando, en la práctica, limita más allá de lo proporcionalmente necesario el mantenimiento en la vida activa de un colectivo tradicionalmente victimizado.

- b) En segundo lugar, era exigible que el porcentaje que se aplique a la base reguladora, a los efectos de determinar la cuantía de la pensión causada, alcanzase el 100 por 100. Es importante, a estos efectos, expresar que solo cabía una interpretación literal del precepto. Como ha sido oportunamente destacado⁸, la compatibilización se reservaba a las personas que hubiesen alcanzado unas carreras de cotización prolongadas, con independencia de la cuantía de la pensión resultante. Es decir, aunque se llegase al importe máximo establecido en la correspondiente ley presupuestaria, eso no bastaba, si no se reunían las mensualidades previstas en el art. 210.1 LGSS a las que se asignaba precisamente el 100 por 100 de la base reguladora, que equivalían a 37 años cotizados. En el fondo, esta condición debía entenderse como un acicate más que vincule a las personas con mayores ingresos a las carreras de cotización dentro del sistema de Seguridad Social.

Eso sí, precisamente a causa de la interpretación literal del precepto, el porcentaje del 100 por 100 podía alcanzarse en cualquier momento, incluso después de superada la edad ordinaria de jubilación. Es cierto que existe a este respecto una jurisprudencia del TS⁹ que expresa que el porcentaje debe generarse antes de la efectiva jubilación, lo cual parece razonable. Ahora bien, cabía incluso llegar al reiterado 100 por 100 a través de cotizaciones bonificadas por aplicación del art. 152 LGSS. Los argumentos que ofrece el TS en sentido contrario son muy fácilmente rebatibles: no es verdad que los términos de la ley exigían acreditar ya el 100 por 100 de la pensión cuando se cumplía la edad ordinaria de jubilación, solo que la jubilación activa se produjese con ese requisito cumplimentado. Y la exención de cotizaciones por contingencias comunes –excepto por incapacidad temporal– y cuotas de recaudación conjunta no es, desde luego, un argumento suficiente. En todo caso, después de la Ley 21/2021 resulta más inequívoca la postura que aquí

⁷ STC 172/2021, de 7 octubre, y algunas subsiguientes. Sobre esta jurisprudencia constitucional, Romero Ródenas, M^aJ., *Igualdad en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social y prohibición de discriminación por razón de discapacidad. A propósito de la STC 172/2021, de 7 de octubre*, RDS, n^o 96, 2021, pp. 151 ss.

⁸ López Anierte, C., *op. cit.*

⁹ SSTs de 30 mayo 2017 (rcud. 2268/2015) y de 24 enero 2018 (rcud. 389/2016).

se defiende, pues en el año siguiente a que se supere la edad prevista en el art. 205, si se cotiza, será, por hipótesis, por los porcentajes privilegiados de dicho art. 152.

c) El tercer requisito no era propiamente una condición, sino más bien una aclaración. Se trataba de que el trabajo compatible podía desarrollarse tanto a jornada completa como a tiempo parcial. Es decir, la compatibilidad con la pensión no suponía ningún límite al desarrollo de una actividad profesional en términos de jornada invertida. A estos efectos, se separaba claramente del régimen establecido para la jubilación parcial en los arts. 213.1 y 215. Debe destacarse, en particular, y a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas de Seguridad Social comparados¹⁰, que no se estableció –como probablemente hubiera habido que hacerlo– un umbral máximo de ingresos a partir del cual la compatibilización no sería posible o, cuando menos, se minorara la pensión más allá del porcentaje generalmente previsto. Probablemente, la técnica de establecer un tope de rentas –quizá teniendo en cuenta solo las de origen profesional– hubiera sido adecuado, en aras del razonable funcionamiento de un sistema de reparto.

La cuantía de la pensión compatible con el trabajo se fijó en el 50 por 100 del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, en su caso, el límite máximo de pensión pública. Para el caso de que solicitase el pase al nuevo régimen quien ya hubiera accedido anteriormente a una pensión ordinaria, el 50 por 100 se refería a la cuantía que ya estuviera efectivamente percibiendo en el momento de iniciar la compatibilidad, aunque excluyéndose, en su caso, el complemento por mínimos. Dicho porcentaje del 50 por 100 se aplicaba en todo caso, con independencia de la jornada que se desarrollase en el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia compatible.

A este respecto, es importante comprobar que el precepto expresaba la exclusión del complemento de mínimos, que dejaba de percibirse en todo caso durante el acogimiento a este sistema de compatibilidad –art. 3.2–, cualquiera que fuera el nivel de ingresos que se obtuvieran con la nueva ocupación¹¹, pero no de

¹⁰ Cabeza Pereiro, J., Estado actual de la compatibilidad entre trabajo y jubilación e Europa”, en VV.AA. (dirs. Cabeza Pereiro, J., Ballester Pastor, M^o A. y Fernández Prieto, M., *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi (Pamplona, 2009) pp. 137 ss.

¹¹ Podría expresarse cierta disconformidad con esta regla, pues produce un desincentivo claro de un trabajo marginal que podría producir la pérdida del complemento de mínimos incluso en esta modalidad de jubilación compatibilizada. Sin embargo, me da la impresión de que no pasa de ser una disquisición teórica si se considera la compatibilidad de la jubilación ordinaria con rendimientos por cuenta propia que no superen el SMI, en los términos del art. 213.4 LGSS. Resta, evidentemente, el caso de los micro-contratos a tiempo parcial por cuenta ajena, cuya conclusión puede quedar condicionada para las personas jubiladas que perciban complementos de mínimos, pero no deja de ser un caso limitado, aunque no estaría de más que para el hubiera una solución expresa.

los complementos económicos de la pensión previstos en el art. 210, en cualquiera de sus modalidades. Sin embargo, es este el que se encarga de expresar que su percepción “es incompatible con el acceso al envejecimiento activo regulado en el artículo 214”. Ahora bien, tal precisión procede de la reforma de 2021. Por ahora, solo debe señalarse que la normativa establecía un tratamiento privilegiado y de todo punto injustificado para las personas que accedían a esta fórmula de compatibilidad desde la jubilación ordinaria. En efecto, las que transitaban sin solución de continuidad desde el trabajo ordinario hasta esta modalidad de envejecimiento activo se sometían al régimen general de que el 50 por 100 de la pensión se calculaba a partir de la pensión máxima fijada anualmente por la Ley de Presupuestos, pero no así quienes lo hacían desde la jubilación completa, pues para estas personas el 50 por 100 se calculaba a partir del importe “*que se esté percibiendo*”. Era una regla onerosa y, además, que contenía una auténtica prerrogativa personal, por lo demás ajena al importe de los ingresos que podían obtenerse a través de su actividad profesional.

En otro orden de ideas, a lo largo del disfrute de este régimen de compatibilidad, la pensión de jubilación se revaloriza de acuerdo con la normativa aplicable. Como es obvio, entretanto la persona interesada se beneficia de la revisión de la cuantía en el porcentaje compatible, pero además su pensión teórica total se va recalculando anualmente a los efectos de que, a la postre, no se produzca un perjuicio a causa del tránsito por esta modalidad de envejecimiento activo. Así lo expresaba, para no dejar margen interpretativo alguno, el art. 3.1 párrafo segundo del RD-ley 5/2013, completado por el apartado 4 del propio art. 3, que regulaba el retorno al percibo íntegro de la pensión cuando finalizase la relación por cuenta ajena o el cese de actividad por cuenta propia, cualquiera que hubiera sido la causa en ambas situaciones. Por lo demás, en este régimen de trabajo compatible se mantenía la condición de pensionista de jubilación, a todos los demás efectos normativamente previstos –art. 3.3–.

Y otro elemento característico de este régimen particular de disfrute de la pensión de jubilación ha consistido en sus reglas particulares de cotización, contenidas en el art. 4 del RD-ley 5/2013: ya que las personas potencialmente beneficiarias acreditaban largas carreras de contribución al sistema, las empresas que las contratasen –o ellas mismas, como autónomas– solo debían cotizar por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y por contingencias profesionales. En realidad, es la regla general que ahora expresa el art. 152 LGSS para todas las personas que, después de haber alcanzado la edad ordinaria de jubilación, mantienen su actividad profesional. Fue introducida por el art. 2 de la Ley 27/2011, de 1 agosto, con el evidente objetivo de favorecer el mantenimiento en el empleo de las personas de edad madura, en este caso las que ya habían alcanzado la edad ordinaria pensionable. En tal sentido, tenía una evidente lógica armonizadora que el RD-Ley 5/2013 la recordase.

Igualmente lógico debía considerarse el añadido, consistente en el establecimiento de una cotización “de solidaridad”, que no repercutía en un recálculo de la pensión por muy extenso que fuese el periodo de compatibilización. El tipo de la misma se estableció en un 8 por 100, del cual el 6 por 100 correspondía a la cuota patronal y el 2 por 100 a la cuota obrera. En apariencia, y al menos en contraste con las reglas generales del sistema interno, se fijaba un reparto de porcentajes proporcionalmente oneroso para la persona trabajadora.

Estas reglas se completaban con otras dos, asimismo importantes. Por una parte –disposición adicional segunda–, se establecía, como ya se ha avanzado, un modelo paralelo de compatibilidad para el régimen especial de Clases Pasivas del Estado, al cual se hará sucinta referencia más adelante. Por otra –disposición adicional primera–, se incorporaban unas reglas bastante relevantes en torno al mantenimiento del empleo, que han permanecido vigentes hasta la entrada en vigor del RD-ley 21/2021, y que exigían ciertos requisitos ajenos a la propia actividad y a la carrera de cotización de la persona interesada, ligados a la dinámica del empleo en la entidad empleadora.

En concreto, quedaban excluidas del acceso a esta modalidad de compatibilización las personas contratadas por empresas en las que se hubieran practicado extinciones de contratos improcedentes en los seis meses anteriores, siempre que se refiriesen a puestos de trabajo del mismo grupo profesional de aquel afectado por la potencial compatibilidad. Y, durante el tiempo de vigencia del contrato de trabajo compatibilizado con la pensión de jubilación, la empresa debía mantener el mismo nivel de empleo que existía antes del inicio de la aplicación de la norma. La referencia, a tales efectos, se tomaba a partir del promedio de personas de alta en los noventa días anteriores a la compatibilidad, con independencia de la modalidad de trabajo de cada persona contratada y de la jornada de cada una de ellas. Por lo demás, quedaban excluidas de la toma en consideración las relaciones contractuales extinguidas por causas objetivas o disciplinarias cuando las extinciones fueran reconocidas o declaradas como procedentes, o las terminaciones de contrato producidas por dimisión, fallecimiento, incapacidad permanente en cualquiera de sus grados o jubilación de la persona trabajadora, o por expiración del tiempo convenido o finalización de la obra o servicio objeto del contrato.

No se trata ahora, máxime cuando estas exigencias han sido derogadas, de entrar en la exégesis de la disposición adicional primera del RD-ley 5/2013. Incorporaba unas exigencias concretas que le atenían a la entidad empleadora y que, por lo tanto, no regían cuando la compatibilidad era con el trabajo por cuenta propia. Se trata de un tipo de limitaciones bastante conocidas y utilizadas a diversos efectos en nuestro sistema de relaciones laborales y que, en la práctica, pueden sortearse a través de algunas vías de escape. Lo que ahora interesa destacar es que resultan totalmente ajenas a la capacidad de decisión de la persona que pretende acogerse a este sistema de envejecimiento activo. En el fondo, se trataba de una regulación parecida a la existente sobre la jubilación parcial, que a veces

se frustra en sus objetivos por vicisitudes que son ajenas a la propia capacidad de actuación de la persona que se jubila. Por lo demás, solo se aplicaba, obviamente, a la compatibilidad con el trabajo por cuenta ajena, no a la compatibilidad por cuenta propia.

2.2. La reforma de 2017

El texto refundido de la LGSS de 2015 incluyó en su art. 214 la regulación antes contenida en los arts. 1 a 4 y en la disposición adicional primera del RD-Ley 5/2013. Lo más innovador de este precepto consistió en que se cambió la rúbrica del capítulo 1 de la norma de urgencia por la nueva “pensión de jubilación y envejecimiento activo”. A través de dicho cambio, se ha producido una asimilación de la expresión “envejecimiento activo” con esta particular forma de compatibilización entre pensión y trabajo, anteriormente no expresada más que en el título genérico del RD-Ley 5/2013. De hecho, su exposición de motivos solo se había referido a la misma en términos genéricos, sin vincularla en concreto a ninguna de las medidas de prolongación de la vida activa que incluía.

Casi dos años más tarde, la Ley 6/2017, de 24 octubre, introdujo una modificación de importante calado, que a la postre sería la más conflictiva, al menos desde un estricto prisma judicial. Esta ley, titulada “de reformas urgentes del trabajo autónomo”, reformó importantes aspectos tributarios y de Seguridad Social. Su disposición final quinta modificó los apartados 2 y 5 del art. 214 LGSS, sin que la Exposición de Motivos expresara la más mínima palabra sobre los motivos y los objetivos de tal modificación. En síntesis, y al margen de aspectos de mera adaptación, la novedad sustantiva consistió en que, cuando la actividad “se realiza por cuenta propia” y, además, “se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena”, la pensión será compatible con el trabajo en su 100 por 100¹². Eso sí, excluyéndose, como ya se ha indicado, el eventual complemento de mínimos. Y solo en 2021 se ha declarado asimismo la suspensión durante la compatibilidad de los complementos regulados en el art. 210.2 LGSS. He optado por entrecomillar las condiciones del art. 214.2 en su renovada versión para

¹² De acuerdo con doctrina judicial que no se comparte, es exigible que la jubilación se cause después de la entrada en vigor de la Ley 6/2017 (STSJ de Castilla y León/Valladolid de 4 abril 2019, rsup. 2262/2018). Parece olvidar esta sentencia que puede accederse a la jubilación activa desde la jubilación total, a la vista de la dicción literal del art. 214.2, que se refiere al porcentaje de la pensión “*que se esté percibiendo*”. Dicho en otras palabras, lo que solo puede suceder a partir de esa entrada en vigor es acogerse a la jubilación activa con el mantenimiento del 100 por 100 de la pensión, sin perjuicio de que el primer acceso a la jubilación haya sido anterior, o anterior incluso al RD-Ley 5/2013. Es decir, no hay retroactividad prohibida por la norma en el hecho de que se pueda solicitar la jubilación activa al amparo de la Ley 6/2017 pese a que se haya accedido a la pensión de jubilación por primera vez antes de la entrada en vigor de dicha ley.

comentar más tarde la polémica que se suscitó con la llamada “persona autónoma societaria”, en controversia que, en mi opinión, el TS resolvió adecuadamente.

Por otra parte, es significativo que la contratación por cuenta ajena no se rodee de ningún tipo de garantías: ni el contrato se somete a una duración mínima ni a ningún otro compromiso de empleo, ni debe ser indefinido, ni ha de referirse a una jornada mínima. Lo cual es harto discutible desde la perspectiva de los especiales beneficios en términos de compatibilidad con la pensión de jubilación de los que disfruta la persona física empleadora. Esta omisión guarda coherencia con la eliminación en 2021 de las garantías de empleo que se imponían a la empresa que contrataba a una persona que compatibilizaba su pensión al 50 por 100, pero, sin duda, se trata de un asunto bastante expuesto a la crítica en términos de política legislativa.

Asimismo, mediante esta Ley de 2017 se introdujo una disposición final sexta bis de la LGSS que, bajo el epígrafe “ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena”, se expresó en los siguientes términos: *“con posterioridad, y dentro del ámbito del diálogo social, y de los acuerdos en el seno del Pacto de Toledo, se procederá a aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad establecido entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos regulado en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 214 de la presente Ley”*. Fue un llamamiento que, como va a verse, no asumió ni el informe renovado de los Pactos de Toledo de 2020, ni el Acuerdo social de 2021 ni tampoco la Ley 21/2021, de 28 diciembre.

2.3. Un interesante retoque en 2020

La regla específica de cotización del art. 4 RD-ley 5/2013 se refundió en el art. 153 LGSS, pero fue posteriormente retocada por la disposición final 38, uno de la Ley 11/2020, de 30 diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2021. La modificación consistió en el incremento en un punto porcentual de la cuota empresarial en la cotización de solidaridad, que subió del 6 al 7 por 100, quedando invariado el 2 por 100 correspondiente a la persona trabajadora. Se trata, desde luego, de una reforma de mejora de sostenibilidad del sistema que además se proyecta en un contexto de cotizaciones reducidas, de tal modo que no puede sino valorarse positivamente por adecuada, justificada y proporcionada. Tras la reforma del art. 214 introducida por la Ley 21/2021, estos porcentajes no han variado, de modo que permanecen vigentes.

2.4. Desde el informe del Pacto de Toledo hasta la Ley 21/2021

El Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020¹³ se hace eco de las reglas de compatibilidad introducidas en el RD-ley 5/2013, así como de otras reguladas posteriormente y centradas en el caso específico de la actividad de creación artística¹⁴. A partir de las cuales, formula una valoración positiva¹⁵ de su puesta en marcha y aboga por abundar en ellas: *“igualmente, es necesario profundizar en la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación, siempre que dicha prolongación no esté motivada por una pensión insuficiente. Merece así una valoración positiva la mejora del régimen de compatibilidad de la pensión con los ingresos provenientes de una actividad profesional, si bien son necesarias nuevas medidas que favorezcan esta compatibilidad, sin que ello produzca menoscabo de las cuentas del sistema”*. Ahora bien, no recoge el guante de la disposición final sexta bis de la LGSS, en el sentido de que no postula expresamente que la compatibilidad del 100 por 100 de la pensión se extienda más allá de los confines en los que la situó la Ley 6/2017.

Por su parte, el Acuerdo social “sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del pacto de Toledo y del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” de 1 julio 2021 incluyó como anexo el “Borrador de Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones” cuya redacción del art. 214 pasó, sin la más mínima transformación durante la tramitación parlamentaria, a la vigente LGSS. En el propio texto del Acuerdo, entre las medidas “para favorecer el acercamiento voluntario de la edad efectiva con la edad legal de jubilación” se contiene un apartado 6, titulado “jubilación activa”, que, en puridad, no guarda una relación clara con ese acercamiento. De acuerdo con él, y en coherencia con el conjunto de previsiones del bloque en el que se inserta, se exige como condición para acceder a esta modalidad de jubilación el transcurso de al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Además, se emplaza al Gobierno para que en un plazo de doce meses revise, en el marco del diálogo social con las organizaciones sindicales y empresariales, esta modalidad de jubilación a los efectos de corregir las diferencias existentes entre regímenes y sistemas especiales y favorecer el mantenimiento de la actividad de los trabajadores mayores, salvaguardándose además la sostenibilidad del sistema. Adicionalmente, expresa el Acuerdo que la

¹³ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 20 octubre 2020.

¹⁴ Cfr. disposición final segunda del RD-ley 26/2018, de 28 diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía y RD 302/2019, de 26 abril. Esta última norma claramente se inspira en la Ley 6/2017, de 24 octubre.

¹⁵ De lo cual, por otra parte, hace énfasis la EdM de la Ley 21/2021, de 28 diciembre.

nueva regulación no podrá tener como consecuencia la sustitución de trabajadores con cotización completa por trabajadores con cotización reducida.

A la vista del Acuerdo, máxime si interpretado a la luz del Informe del Pacto de Toledo de 2020, una conclusión se infiere con toda claridad: que no ha habido un consenso claro sobre una orientación reformadora en esta materia. Se propugnan nuevas medidas que favorezcan la compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación, siempre salvaguardando las cuentas del sistema, pero no se ofrece una concreción de cuáles puedan ser en un futuro próximo. Más bien se emplaza al diálogo social tripartito para que se pronuncie en un plazo de doce meses. Entretanto, las reformas que se proponen deberían ser menores y consecuentes con las modificaciones producidas en otros aspectos relacionados con la jubilación.

Por otra parte, la apelación del Acuerdo a los regímenes y sistemas especiales sugiere que la encomienda a la concertación social no se limita a una reforma de más o menos intensidad del art. 214 LGSS, sino, como expresa el apartado 6 de este precepto, de *“cualquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente”*. Se expresa, así pues, una tarea muy necesaria: la armonización, sistematización y regularización del todo el enjambre normativo existente en torno a la compatibilidad entre trabajo y jubilación. Lamentablemente, no se añaden recomendaciones que deberían existir, en particular en torno a umbrales máximos de ingresos profesionales para que pueda mantenerse el disfrute de la pensión.

Y, por último, el Acuerdo emplaza a la nueva regulación para que no produzca la sustitución de personas con cotización completa por personas con cotización reducida. Sin embargo, paradójicamente y como enseguida pasa a analizarse, la regulación de la Ley 21/2021 se orienta por unos derroteros prácticamente opuestos.

3. LAS NOVEDADES DE LA LEY 21/2021 EN TORNO AL “ENVEJECIMIENTO ACTIVO”

Pese a los escasos cambios que parecerían deducirse del contenido del Informe del Pacto de Toledo, el art. 214 ha sido objeto de reformas, directas o indirectas, de cierto calado, que a la postre generan unas relaciones distintas con otras reglas referidas a las diferentes modalidades de jubilación.

3.1. La incompatibilidad con el complemento por jubilación a una edad superior a la ordinaria

Ya se ha puesto de manifiesto anteriormente que solo con la Ley 21/2021 se declaró incompatible el disfrute de los complementos regulados en el art. 210.2 –asimismo profundamente renovados en la reforma de 2021– con el acceso al envejecimiento activo contenido en el art. 214 LGSS. Ahora bien, esta reforma, con

todo lo adecuada que deba calificarse, está rodeada de una serie de incertidumbres que, a buen seguro, producirán una importante litigiosidad.

Esta referencia del art. 210.2 no es *propio sensu* contenido del Acuerdo de 1 julio 2021, a cuyo efecto no hay pronunciamiento expreso en su texto. Sin embargo, en el anteproyecto anexo sí que se hace referencia a ella, cuando se incluye en el art. 214 la siguiente expresión: “*quien opte por la percepción de este complemento no tendrá derecho a acceder al envejecimiento activo, regulado en el artículo 214*”. A partir de la cual, el art. 210.2, en su penúltimo párrafo, dispone que “*la percepción de este complemento es incompatible con el acceso al envejecimiento activo regulado en el artículo 214*”. Ambas expresiones, aunque próximas en su finalidad, pueden llevar a interpretaciones diferentes de la norma, con la connotación añadida de que el texto del Acuerdo debería ser uno de los criterios de consideración necesaria en la interpretación de la norma.

En apariencia, al amparo de la redacción del anteproyecto, la opción por el complemento por jubilación demorada del art. 210.2 LGSS actúa como óbice al derecho de acceso al régimen de envejecimiento activo del art. 214. O, expresada esta idea desde la literalidad del borrador de la norma, el acogimiento al art. 210.2 impide que en el futuro pueda compatibilizarse la pensión con el trabajo al amparo del referido precepto. Incluso, en apariencia –y esta es una interpretación desde luego que discutible– no sería posible solicitar una devolución del complemento de la pensión, con los intereses correspondientes, a los efectos de poder acogerse luego al envejecimiento activo. Por consiguiente, desde la perspectiva del Anteproyecto, la institución de la jubilación activa pasaría a desempeñar una suerte de papel de desincentivo de la percepción de los complementos por jubilación retrasada, pues el disfrute de los mismos produce una incompatibilidad hacia el futuro con las actividades profesionales que permite el art. 214 en otro caso.

Pero la redacción que se ha plasmado la Ley 21/2001 no es la misma, pues simplemente expresa la incompatibilidad entre los complementos del art. 210.2 con el acceso al envejecimiento activo. Lo cual, en apariencia, resulta algo más permisivo, pues abriría la puerta –al menos desde el tenor literal del precepto– para acogerse al complemento una vez que la persona interesada deja de compatibilizar la actividad profesional con la pensión de jubilación. En efecto, lo incompatible es “la percepción”, de modo tal que la imposibilidad de lucrar las mejoras de la pensión no se extiende al futuro.

Incluso resulta dudoso si puede acceder a la jubilación activa del art. 214 la persona que anteriormente se haya jubilado y haya percibido algunos de los complementos del art. 210.2. Si el canon interpretativo es más laxo, ni la redacción del anteproyecto adjunto al Acuerdo ni la del art. 210.2 en redacción procedente de la Ley 21/2021 imposibilitan la jubilación activa de quien ya haya percibido el complemento. Desde luego, no puede seguir percibiéndolo durante la compatibilización con el trabajo, pero sí anteriormente. Ni siquiera es claro si

tiene que devolver alguna parte de su importe la persona que lo haya cobrado en la modalidad de cantidad a tanto alzado.

Es, por lo tanto, necesario que la doctrina judicial aclare una regla de bastante defectuosa técnica normativa. Por supuesto, se trata de una de las variadas cuestiones que además debería clarificar una normativa futura. Entretanto, parece razonable optar por una interpretación proporcionada que no impida el cobro de tales complementos hacia el futuro, pero que no considere los años de compatibilidad entre trabajo y pensión a los efectos de incrementar el complemento. Aunque es evidente que este entendimiento del precepto presenta alguna dificultad, a la vista del juego combinado del anteproyecto anexo al Acuerdo de 1 julio 2021 con la norma finalmente resultante.

3.2. El retraso en un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación

Se trata, sin duda, de la novedad más visible, y muy alineada con otras reglas de la reforma de Seguridad Social de 2021. Ya se ha hecho referencia, con ocasión del análisis del RD-ley 5/2013, a las consecuencias que tiene este requisito y a sus posibles flancos débiles por posible tratamiento peyorativo de algunos colectivos feminizados o de personas con discapacidades. Es evidente que la regla pretende retrasar la edad efectiva de jubilación mediante una suerte de condicionalidad: si una persona tiene perspectivas de compatibilizar pensión y trabajo, ni puede jubilarse anticipadamente, ni puede hacerlo hasta un año después del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Ya no es bastante con que se acrediten largas carreras de cotización que se prolonguen por al menos 37 años, sino que hay que esperar hasta –dicho en cifras de 2022, al amparo de la disposición transitoria 7^o LGSS– contar con sesenta y siete años y medio de edad y 37 años cotizados, o con sesenta y seis años de edad y treinta y siete años y seis meses cotizados, o con la edad intermedia entre ambas en la que se acrediten esos treinta y siete años y medio cotizados.

La novedad se justifica en el mantenimiento de la coherencia con otras medidas, en particular las de la jubilación voluntaria y la de la extinción del contrato por razón de edad¹⁶, que desplazan hacia una edad más tardía la apertura de tales posibilidades o un tratamiento más liviano en términos de penalización. En realidad, las medidas, consideradas conjuntamente, responden a ese objetivo orquestado de mover hacia más adelante el momento de abandono de la vida activa o, cuando menos, de acceso a la pensión de jubilación. Pero, en cuanto al concreto asunto del envejecimiento activo, debe reconocerse que la compatibilidad

¹⁶ Sobre esta última, en cuanto a la reforma de la Ley 21/2021, Cabeza Pereiro, J., *Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad*, Revista de Derecho Social, n^o 96, 2021, pp. 63 ss.

no se favorece, sino que se dificulta, lo cual es poco coherente con la valoración positiva que se expresa de la institución regulada en el art. 214 LGSS y de su objetivo de generalizarla y ampliarla a otros colectivos. Probablemente, sea sensato no flexibilizar en exceso su régimen jurídico en tanto no se aborde el objetivo demorado de abordar integralmente la compatibilidad entre la jubilación y el trabajo en cualquiera de sus modalidades. Pero, si el retraso en el acceso a la compatibilidad se convierte en una norma estructural, que se extienda a todas las situaciones en las que sea posible simultanear la actividad profesional y el cobro de una pensión, se dibuja un régimen más restrictivo que, en el fondo, desincentiva la compatibilización. Probablemente, el fin último de la reforma se haya dirigido a perseguir que las personas demoren lo más posible la solicitud de la pensión y se acojan a los complementos del art. 210.2 mejor que al envejecimiento activo del art. 214.

3.3. La derogación de los requisitos de mantenimiento del empleo

Hay otra modificación trascendente, practicada por la tácita, y que no ha sido contenido expreso del Acuerdo de 1 julio 2021 –aunque ya aparece en el anteproyecto anexo al mismo– ni se explica en la Exposición de Motivos. Se trata de la derogación de las reglas sobre mantenimiento del empleo que habían transitado desde la disposición adicional primera del RD-ley 5/2013 al propio art. 214, apartado 6 de la LGSS. Por consiguiente, todas ellas han dejado de regir desde la entrada en vigor de la Ley 21/2021.

A falta de una explicación expresa, no cabe sino deducir que la norma ha optado por prescindir de los requisitos relativos a la empresa y situar las exigencias en la esfera de las personas que acceden a la jubilación activa. Tal vez sea una regla razonable, aunque, a la postre, la compatibilidad también produce un beneficio en términos de cotización en la empresa que ocupa a la persona. Evidentemente, aleja la lógica del art. 214 de la de la jubilación parcial de las personas que todavía no han cumplido la edad de jubilación, pero la acerca –lo cual es razonable– a la de las que sí la han cumplido, en los términos del art. 215.1.

Desde otro punto de vista, esta supresión guarda cierta simetría sistemática con la ausencia de requisitos añadidos en el caso de que la compatibilización se produzca con el trabajo por cuenta propia. En este sentido, aunque no se haya dado ningún paso en la dirección prevista en la disposición final sexta bis de la LGSS de incrementar el porcentaje de pensión compatible con el trabajo, sí que se han aliviado las exigencias de la compatibilidad en el caso del trabajo dependiente. Que se haya hecho así, en el fondo, responde a la orientación de flexibilizar el régimen de la compatibilidad, aunque en una orientación inversa a la anteriormente descrita de exigir la superación en un año de la edad ordinaria de jubilación.

Ahora bien, una reforma de este calado no hubiera debido producirse de una forma tan callada y sin una mínima justificación. Late, en el fondo, un

problema de modelo, en torno a cómo abrir el paso a la jubilación activa y con qué condiciones. A la postre, lo más insatisfactorio de esta derogación consiste en que pueden producirse, evidentemente, prácticas de sustitución de empleo con cotización ordinaria por contratos con cotización bonificada. Tal vez sean discutibles los concretos requisitos establecidos por el RD-ley 5/2013, pero el objetivo de limitar los beneficios de las empresas en términos de cotización a las que acrediten el cumplimiento de ciertas exigencias en términos de empleo no parece estar desenfocado.

4. LA DOCTRINA JUDICIAL PRODUCIDA EN TORNO A LA JUBILACIÓN ACTIVA

4.1. En torno a la actividad por cuenta propia que permite la compatibilidad con el 100 por 100 de la pensión

La mayor controversia judicial, finalmente resuelta por el TS, se ha referido al ámbito de aplicación del art. 214.2 LGSS, en redacción dada por la Ley 6/2017. En concreto, ha versado sobre si solo puede alcanzar el porcentaje del 100 por 100 de la pensión compatible con el trabajo quien trabaje por cuenta propia y tenga a una persona empleada por cuenta ajena a su cargo o si tiene derecho a él también quien tenga la condición de autónomo societario en el sentido del art. 305.2 b) y concordantes de la LGSS, de tal forma que la sociedad de capital cuente con personas empleadas para ella.

No hace falta ahora hacer recuento de un gran número de sentencias, pero sí glosar la jurisprudencia unificada a partir de cinco sentencias del TS de 23 julio 2021¹⁷, que interpretaron el precepto de forma restrictiva, solo aplicable a las personas físicas que trabajan por cuenta propia. A tal efecto, y evitando parafrasear las sentencias más allá de sintetizar su doctrina, y prescindiendo de apelaciones a instrumentos de *soft law*, las sentencias hacen un recorrido por la evolución de la norma desde el RD-ley 5/2013 hasta la Ley 6/2017 y la contrastan con el contenido del art. 305.2 b) LGSS y del art. 1 de la Ley 20/2007. A partir de lo cual, ponen de relieve la diferente responsabilidad patrimonial de la persona “autónoma clásica”, que responde con su patrimonio y con todos sus bienes presentes y futuros –art. 1911 del Código Civil–, de la que tiene la condición de consejera o administradora de una sociedad mercantil, que se beneficia de la limitación de la responsabilidad societaria.

¹⁷ Rcu. 2956/2019, 1328/2020, 1459/2020, 1515/2020 y 1702/2020. También STS de 21 septiembre 2021 (rcud. 1529/2020).

El TS contrapone, así pues, la persona que asume el riesgo y ventura cuando prolonga su vida activa y contrata personalmente actuando como empleadora, de la que tiene un cargo en una sociedad de capital y que ejerce el control de la misma, pero que no emplea personalmente a nadie. Añade que la finalidad de la norma consiste en favorecer la conservación del nivel de empleo y que este no se destruya a causa de la jubilación del empresario o empresaria persona física. Pues, a diferencia de lo que sucede con las personas jurídicas, dicha jubilación es causa de extinción del contrato de trabajo. Es cierto que puede haber una cotitularidad de la empresa por varias personas físicas, en cuyo caso la jubilación de una de ellas no extinguiría el contrato, pero ello no desnaturaliza la diferencia entre la jubilación de una persona física que es empleadora de la de una persona física que es órgano societario y ejerce el control de la sociedad.

Por lo demás, concluye el TS que la regla de compatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y la pensión de jubilación al 100 por 100 de esta constituye una excepción a la regla general que debe ser objeto de interpretación restrictiva. Además, una interpretación *a contrario sensu* de la disposición final sexta bis de la LGSS permite vislumbrar que hay trabajos por cuenta propia a los que no se les aplica la regla especial del art. 214.2 de la LGSS. Por consiguiente, no se produce quiebra alguna del art. 14 de la Constitución por no reconocer la compatibilidad al 100 por 100 en el caso de las personas “autónomas societarias”.

Ahora bien, en seguimiento de esta doctrina *a sensu contrario*, algunos TSJ han declarado que dicho porcentaje del 100 por 100 también se aplica en los casos en los que la persona que accede a la jubilación activa sea comunera de una comunidad de bienes empleadora¹⁸.

Ya he expresado mi acuerdo con esta jurisprudencia del TS¹⁹. Sin embargo, conviene formular dos precisiones: la primera, que no resulta convincente el argumento *a contrario sensu* de la disposición final sexta bis, pues, como ya se ha dicho anteriormente, en ella se contienen otras formas de compatibilidad más tradicionales que no se regulan el art. 214, sino en la remisión que hace este en su párrafo primero del apartado 6. La segunda, y más trascendente, que el argumento de mantenimiento del empleo por cuenta ajena que se facilita al permitirle la compatibilidad más ampliada a la persona física empleadora habría que matizarlo, pues puede suceder que acceda a la misma una persona que nunca ha sido autónoma, o que nunca ha sido empleadora, sino que solo lo es desde que se acoge al art. 214.2 LGSS. Como era previsible, este supuesto ha sido conocido por alguna sentencia,

¹⁸ STSJ de las Islas Baleares de 15 febrero 2021 (rsup. 327/2020), STSJ de Asturias de 21 diciembre 2021 (rsup. 2445/2021) y STSJ de Galicia de 30 noviembre 2021 (rsup. 3842/2021).

¹⁹ Con mayor detalle, Fernández Prol, F., Agís Dasilva, M., Cabeza Pereiro, J., Ferradans Caramés, C. y Merino Segovia, A., *Comentario de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tercer trimestre de 2021*, Revista de Derecho Social, nº 96, 2021, pp. 196-7.

que ha expresado que no había ninguna conducta irregular incluso cuando con anterioridad se había disfrutado de la compatibilidad y trabajado por cuenta ajena y con posterioridad se pasa al empleo por cuenta propia²⁰. En estos casos, es cierto que se genera empleo, pero tal vez menos estable que cuando se crea a través de una sociedad mercantil.

4.2. Sobre la causa del contrato efectuado por la persona que accede a la jubilación activa compatible con el 100 por 100 de la jubilación

Se trata de un pequeño apunte sobre el que no cabe sino parafrasear cierta doctrina judicial que se comparte totalmente. Como ya se ha comentado suficientemente, ese contrato que formaliza la persona que trabaja por cuenta propia y cobra pensión de jubilación compatible al 100 por 100 no está sometido a requisito cuantitativo alguno en términos de duración o jornada. Ahora bien, una interpretación sistemática del art. 214.2 LGSS obliga a concluir que tiene que haber una vinculación entre el trabajo que se desarrolla en régimen de autonomía y la condición de empleadora de aquella. Es decir, el contrato de trabajo debe tener como objeto el desarrollo de funciones relacionadas directamente con la actividad profesional de la persona jubilada. En este sentido, vg., se ha excluido el derecho a la compatibilidad al 100 por 100 de quien alegaba la contratación de una trabajadora para el servicio doméstico²¹.

5. UNA REFERENCIA BREVE AL ENVEJECIMIENTO ACTIVO EN CLASES PASIVAS DEL ESTADO

El art. 33 del texto refundido de Clases Pasivas del Estado (Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 abril) ha sufrido una evolución parcialmente paralela a la del actual art. 214 LGSS. Su apartado 2 también hunde sus raíces en el RD-ley 5/2013, cuya disposición final segunda instauró un régimen similar al de los arts. 1 a 4, con el añadido de que no se vinculaba a los requisitos establecidos en la disposición adicional primera, por más que la persona interesada fuese contratada por cuenta ajena. Posteriormente, la disposición final sexta de la Ley 11/2020, de 30 diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2021, asimiló la jubilación activa en el régimen de clase pasivas a la de los demás regímenes

²⁰ STSJ de Madrid de 23 diciembre 2021 (rsup. 559/2021). Si bien en este caso el empleo por cuenta propia era como autónomo societario. Más claramente aún, STSJ de La Rioja de 31 enero 2022 (rsup. 224/2021): persona que antes de la jubilación no contaba con personal asalariado y que contrata a un trabajador para el desarrollo de un trabajo en una jornada muy reducida. No por ello existe fraude de ley, al ser la prestación de servicios real, de modo que la compatibilización con el trabajo por cuenta propia lo puede ser manteniendo el 100 por 100 de la pensión de jubilación.

²¹ Vg., STSJ de Cataluña de 23 noviembre 2020 (rsup. 3019/2020).

internos de Seguridad Social al permitir la compatibilidad del 100 por 100 de la pensión con un trabajo por cuenta propia cuando la persona beneficiaria acreditase haber contratado a un trabajador por cuenta ajena, en los mismos términos que los previstos en la Ley 6/2017. Igualmente estableció esa compatibilidad al 100 por 100 en el caso de desempeño de una actividad artística por la que se obtuviesen ingresos derivados de derechos de la propiedad intelectual, en los términos del RD-Ley 26/2018, de 28 diciembre y del RD 302/2019, de 26 abril. Es decir, el régimen de Clases Pasivas siguió la estela del art. 214 LGSS, aunque con cierto retraso.

Llama la atención que la Ley 21/2021 no haya modificado dicho art. 23.2, de tal forma que las reglas nuevas incluidas en el art. 214 y concordantes no se aplican a Clases Pasivas del Estado. Es cierto que algunas reformas no pueden incorporarse automáticamente, pero también lo es que la falta de actualización en paralelo de las condiciones en unos regímenes y otros de Seguridad Social puede producir agravios comparativos que conviene atajar. En este sentido, la crítica a la Ley 21/2021 es insoslayable.

6. CONCLUSIÓN

Lo hasta ahora expuesto y comentado permite enfocar varias conclusiones en torno a unas reglas de compatibilidad que, en la estructura básica que se ha comentado, apenas tienen nueve años de vida, pero que se insertan en un sistema rodeado de inercias históricas y plagado de reglas de excepción que permiten, con cierto desorden, la compatibilización más o menos amplia entre el trabajo y el disfrute de la pensión de jubilación. Aunque, desde otra perspectiva, producen un cambio sistémico importante, porque se oponen a una tradición de fuerte incompatibilidad general entre ambos, solo rota algunos años atrás con la irrupción de la jubilación parcial.

Las novedades que se han producido con la Ley 21/2021 en torno al denominado “envejecimiento activo”, traducido en nuestra legislación de Seguridad Social en las reglas de compatibilización del art. 214 LGSS han sido de un relieve intermedio, solo en parte explicitadas en sus motivaciones. Ciertamente, el retraso en un año en el acceso al mismo puede considerarse armónico con otras reglas, relativas vg. a la jubilación anticipada o a la jubilación forzosa, que se orientan en la misma dirección de postergar el disfrute de la pensión o, al menos, incentivar que las personas mantengan su condición de activas durante más tiempo. Por otra parte, debe considerarse como una novedad muy acertada que no sea compatible la jubilación activa del art. 214 con el disfrute de los complementos por jubilación retrasada que contiene el art. 210.2, por más que, como se ha dicho, la dicción del precepto produce no pocas dudas interpretativas. Y, en cuanto a la derogación de las exigencias de mantenimiento del empleo, quizá sea el asunto que merecería una reflexión más abierta. Probablemente, guarde coherencia con el propósito de

remover obstáculos al acogimiento a esta modalidad de jubilación compatible con el trabajo y, de paso, equiparar en parte las exigencias que se plantean cuando se realiza un trabajo por cuenta propia y cuando se desempeña uno por cuenta ajena. Sin embargo, se ha optado por no igualar la pensión compatible en el 100 por 100 previsto para el primero de ellos, muy a pesar de la admonición de la disposición final sexta bis de la LGSS. A mayor abundamiento, también falta una reflexión más global en torno a los requisitos exigibles a la empresa cuyos trabajadores se acogen a una modalidad de jubilación, cualquiera que sea. Es razonable que no se exija ninguno en la jubilación activa, del mismo modo que no se exige en la jubilación parcial cuando la persona beneficiaria ya ha alcanzado la edad de jubilación. Pero seguramente este complicado asunto merece una reflexión más general.

En todo caso, la relación de textos normativos y no normativos sucedidos a partir de la Ley 6/2017 pone de manifiesto que los límites de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo es un asunto que dista mucho de estar claro. Hay una difusa idea de ampliarla, en particular en cuanto afecta al trabajo por cuenta ajena, pero sin que se expliciten con certeza las condiciones. Da la impresión de que no se plantean mayores disensos en cuanto a que no deben imponerse requisitos de empleo a las empresas que contratan a estas personas. Pero, quizá para que ello sea así sería conveniente incrementar la cotización de solidaridad, para evitar de raíz la posibilidad de que se sustituyan trabajadores y trabajadoras con cotización ordinaria con personas contratadas al amparo del art. 214.

Y, como última idea, vuelvo a plantear el argumento de que deberían introducirse, como sucede en otros sistemas europeos, límites cuantitativos, de manera que la compatibilidad solo fuera posible hasta un umbral máximo de ingresos, más allá de los cuales la pensión debería suspenderse. Ejemplos hay, en este sentido, en algunos modelos comparados.