

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

ALTA EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS COMO ABOGADO E INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN: UNA PUERTA MAL CERRADA

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (C-A) 856/2016, de 2 de marzo de 2016 y a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Socia)l, 23/2016, de 15 de enero.

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS*

SUPUESTO DE HECHO: En ambos casos se trata de un abogado que estaba dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) antes del momento de jubilarse, al mismo tiempo se encontraban dados de alta en la Mutualidad General de la Abogacía. Llegado el momento de jubilarse en ambos casos se pretende cobrar la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social simultaneando dicha situación con la profesión de abogados en la que querían continuar su actividad; es decir, compatibilizando la pensión de jubilación con el ejercicio de la abogacía.

RESUMEN: Aunque las sentencias analizan la cuestión desde una distinta perspectiva, llegan a un mismo resultado final. Evidentemente, por cuestiones de competencia material, en la STS de la sala contencioso administrativo [Rec. nº 1857/2014 (RJ 2016, 642)] se examina sobre la validez o no de una baja como acto de encuadramiento, esto es, lo que se discute es si es posible o no la baja en el RETA de un abogado cuando obtiene la pensión de jubilación y pretende continuar en el ejercicio de la misma pero incluyéndose en la Mutualidad de la Abogacía. Por su parte, el objeto de litigio en la STSJ de Castilla León es, puramente, la compatibilidad de la pensión de jubilación con el ejercicio de la abogacía. La consecuencia final de ambos fallos, aunque por distintos razonamientos que más abajo serán analizados, uno de forma indirecta (STS) y otro de forma directa (STJS), dan lugar al mismo resultado: la incompatibilidad de la pensión de jubilación de los abogados que hubieran causado su pensión de jubilación estando dados de alta en el RETA con la continuidad en la misma actividad como abogado.

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL ENCUADRAMIENTO DE LOS PROFESIONALES
 - 1.1. La realización de una actividad laboral o profesional como causa de inclusión nivel contributivo del sistema de la Seguridad Social
 - 1.2. La protección social de los profesionales colegiados: entre el RETA y la Mutualidades de Previsión Social
2. NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON EL TRABAJO
 - 2.1. Entre lo que subyace en la STS sala contencioso administrativo, de 2 de marzo de 2016 y lo que aflora en la STSJ de Castilla León, sala de lo social, 23/2016, de 15 de enero de 2016.
 - 2.2. La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo.
 - 2.2.1. Configuración general: hacia el envejecimiento activo como objetivo
 - 2.2.2. Breves apuntes sobre las posibilidades de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista vigentes en la actualidad
3. EN ESPECIAL: LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL EJERCICIO PROFESIONAL COMO ABOGADO Y LAS PENSIONES POR JUBILACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - 3.1. Cuestiones generales de incompatibilidad fallidas: en el encuadramiento y en las prestaciones
 - 3.2. La compatibilidad de la pensión de jubilación con el ejercicio libre de la abogacía
 - 3.2.1. La normativa vigente
 - 3.2.2. Otro intento fallido más de limitar la compatibilidad: una norma no derogada formalmente
 - 3.2.3. La necesidad de regular esta situación con una norma de rango legal que disipe las dudas

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL ENCUADRAMIENTO DE LOS PROFESIONALES

1.1. La realización de una actividad laboral o profesional como causa de inclusión nivel contributivo del sistema de la Seguridad Social

Como es conocido, en el campo de aplicación del nivel contributivo de la Seguridad Social, ex art. 7 LGSS, están comprendidos los trabajadores (españoles o extranjeros en situación regular) “cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión” que ejerzan su actividad en territorio nacional (aunque en otras normas internas o internacionales se permite mantener la inclusión en nuestro sistema a trabajadores que desarrollan su actividad fuera de nuestras fronteras).

Con todo, ha de recordarse en la Seguridad Social tiene una profusa, y en muchos casos confusa, regulación que supone o dificulta hacer o sentenciar reglas generales. Ello es lo que ha ocurrido con los trabajadores por cuenta propia colegiados cuya inclusión en el campo de aplicación del sistema ha sido regulada con cierta “relajación”, frente a la obligatoriedad que con carácter general se aplica a la inclusión en el campo de aplicación del sistema a los traba-

trabajadores autónomos en el art. 3 a) del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Ha de recordarse que había ciertos colectivos que inicialmente no fueron incluidos en el campo de aplicación del sistema y que, desde 1995, han tenido un derecho de opción a ello. Son algunos profesionales liberales en ejercicio con “riesgo y ventura” de dicha profesión (médicos, abogados o arquitectos, por ejemplo).

Y es que, en coherencia con el artículo 7.1 b) LGSS, la inclusión de los trabajadores por cuenta propia o autónomos en el nivel contributivo de la Seguridad Social lo será siempre “que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen en esta ley y en su normativa de desarrollo”. Por ello, el art. 3 *in fine* del Decreto 2530/1970, antes citado, sólo permitía la inclusión obligatoria en el RETA de los profesionales cuando sus respectivos Colegios lo hubieran solicitado y se les hubiese concedido mediante Orden Ministerial.

1.2. La protección social de los profesionales colegiados: entre el RETA y la Mutualidades de Previsión Social.

Independientemente del hecho de que el profesional colegiado puede quedar incluido en el campo de aplicación de la Seguridad Social cuando trabaja por cuenta ajena para una empresa o entidad privada o pública o cuando goce de la condición de empleado público, como personal funcionario o estatutario, lo que nos interesa en este momento es la inclusión por la realización de una actividad profesional por cuenta propia.

Esta es la cuestión que vamos a centrarnos, pero antes de adentrarnos en la misma ha de hacerse una consideración previa aclaratoria: de forma paralela a la protección dispensada por el sistema público de Seguridad Social, desde hace más de medio siglo han venido permitiéndose que determinadas entidades de previsión social colaboraran en la gestión del sistema¹. En distinto grado,

¹ Sobre las mutualidades de previsión social de tipo profesional como comunidad de riesgos en las que los mutualistas se organizan para aportar a su régimen financiero y para repartir entre ellos los gastos por la siniestralidad cubierta, vid Moreno Ruiz, R, Mutualidades, cooperativas, seguro y previsión social, CES, Madrid, 2000. De otro lado, ha de recordarse que una Mutualidad de Previsión Social, de conformidad con el artículo 2 del RD 1430/2002, es una entidad asegura-

evidentemente, según se tratara de la entidad sustitutoria (como las extintas de la ONCE, Telefónica o la de trabajadores de notarías) que, desde hace algún tiempo, fueron absorbidas por el sistema de Seguridad Social. O bien se tratara de entidades no sustitutorias que gestionan prestaciones complementarias del sistema y que eran las que inicialmente venían a proteger a los colectivos que no se encontraban integrados en el campo de aplicación del sistema, especialmente profesionales que para ejercer su oficio habían de pertenecer a un Colegio Oficial².

Y es que, inicialmente, de conformidad con el art. 3 in fine del RD 2530/1970 que regula el RETA, la única forma en las que los profesionales colegiados podían acceder al sistema, a través de este Régimen Especial, es previa solicitud (y correspondiente OM de autorización) de los órganos superiores del Colegio Profesional, esto es, se trataba de una integración colectiva³.

De hecho, el propio Tribunal Constitucional, en Sentencia 66/1982, negó la posibilidad de que un colegiado se encuadrara en el sistema si su colegio profesional no lo había previsto, considerando ajustada la constitución la regulación en la que se imponía la integración colectiva.

Para los Colegios Profesionales que decidieron no integrarse, la protección social de los colegiados se situaba en el marco de los mecanismos de protección social que pudiese tener constituido el propio Colegio (Mutualidades de Previsión Social, como entidades sustitutorias) o, en su caso, de los que pudiese adoptar individualmente el propio profesional colegiado, a través generalmente de pólizas de seguro; e incluso, algunas de estas Mutualidades de Previsión Social de estos Colegios Profesionales eran de afiliación obligatoria para los

dora privada sin ánimo de lucro que ejerce una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de seguridad social obligatoria mediante aportaciones de los mutualistas. Entidades que podrán ser alternativas al RETA.

² Vid, *in extenso*, Maldonado Molina, F.J. en *Las Mutualidades vinculadas a Colegios Profesionales*, Aranzadi, Elcano, 1998.

³ Por ello, numerosos Colegios Profesionales solicitaron su inclusión y fue publicada la correspondiente Orden que confirmaba dicha concesión. Así lo hicieron: economistas; odontólogos y estomatólogos; veterinarios; agentes y comisionistas de aduanas; agentes de la propiedad industrial; titulados mercantiles; ingenieros técnicos, facultativos y peritos de minas; censores jurados de cuentas; graduados sociales; asistentes sociales y diplomados en trabajo social; politólogos y sociólogos; físicos; capitanes, jefes y oficiales de la marina mercante; ópticos; e ingenieros agrónomos.

colegiados ejercientes. No obstante ello, la Ley 33/1984 del seguro privado consideró a todas las mutualidades colegiales como “voluntarias”.

Por su parte, la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados (LOSSP)⁴, en su DA 15^{a5} intentó solucionar esta compleja cuestión estableciendo reglas específicas en orden a la incorporación de estos colectivos de profesionales colegiados en la Seguridad Social y permitió en determinadas situaciones la inclusión de los profesionales colegiados en el RETA, con independencia de que mediara o no una solicitud de los órganos superiores de representación del propio Colegio Profesional.

La regulación dejaba mucho que desear ya que era incompleta y confusa; fue una Resolución de la Dirección General de ordenación jurídica y entidades colaboradoras de la Seguridad Social de 23-1-96 y una posterior Circular 3-029, de 11-6-96 de la Dirección General de la TGSS las que integraron las lagunas. Muy lejos de tratarse de resoluciones administrativas de carácter interpretativo o de desarrollo, respecto de las que nada hay que objetar, se configuraron como verdaderas normas jurídicas al regular cuestiones para las que no tenían competencia ni capacidad, además de, al no encontrarse publicadas, generaron una fuerte dosis de inseguridad jurídica.

Fue, finalmente, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, conocida como de “acompañamiento” a la LPGE para 1999, en su artículo 33, la que estableció los criterios definitivos de inclusión de los profesionales colegiados a los que nos venimos refiriendo, modificando la redacción inicial de la DA 15^a de la Ley 30/1995.

Lo que realizó esta norma fue “una configuración en la protección de los profesionales colegiados adscritos a un Colegio de Profesionales diferenciando según su fecha de ingreso y si su afiliación a la Mutualidad a dicho Colegio ha sido preceptiva: aunque la regla general es la integración en el sistema público a través del RETA, es posible la opción personal entre la Seguridad Social o la

⁴ Actualmente sustituido por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

⁵ Ha de recordarse que, en concreto, la DA 15^a de la Ley 30/1995 ha sido derogada y su contenido se ha traspasado de forma íntegra a la DA 18^a LGSS (RD-Legislativo 8/2015, Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social). Si no se dice lo contrario, se la referencia a la LGSS será siempre a la vigente.

Mutua concreta en cada caso, cuando se trate de un profesional colegiado en un Colegio Profesional que tuviese una Mutua constituida antes de 10 de noviembre de 1995 y que con anterioridad la afiliación a dicha mutualidad fuese obligatoria. Por lo tanto, ahora se podrá acceder a la cobertura pública sin quedar a la merced de la decisión de los órganos directivos sobre tal incorporación”⁶.

Todo ello creaba una compleja regulación como en su momento describimos⁷ que en resumidas cuentas lo que pretendía era que los trabajadores autónomos con colegiación obligatoria pudieran afiliarse o darse de alta por su cuenta, y sin la necesaria intervención de los órganos directivos de sus colegios, en el RETA imponiéndoles la obligación de hacerlo en dicho Régimen salvo que lo hicieran a la Mutualidad de Previsión Social del Colegio Profesional como

⁶ Como indica Blazquez Agudo, EM “La doble función de las Mutuas de los Colegios Profesionales. Comentario a la Sentencia de la sala de lo contencioso del TS, de 22 de junio de 2004”, p. 3.

⁷ Álvarez Cortés, J.C., en “Comentario al art. 8 de la LGSS”, AAVV *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Dir. Alarcón Caracuel, M.R., Aranzadi, Elcano, 2001.

1. Así, de un lado, los profesionales pertenecientes a sectores integrados en el RETA antes de 10-11-1995 (que es la fecha de referencia de la Ley 30/1995) siguen como estaban: el profesional colegiado ha de integrarse obligatoriamente en el RETA y ello porque su Colegio solicitó la integración de los mismos.

2. De otro lado, respecto de los profesionales pertenecientes a Colegios no integrados en el RETA antes 10-11-1995 hay que distinguir dos grupos:

2.1 Los que iniciaron su actividad antes de 10-11-1995.

a) Si tenían establecida una mutualidad de previsión obligatoria:

Tendrán la obligación a continuar en la misma hasta tanto no se hayan adaptado los estatutos mutuales a la Ley 30/1995, y desde el momento en que se produzca la adaptación los profesionales podrán optar entre solicitar el alta en el RETA o continuar incorporados a la mutualidad.

Realmente, muchos profesionales con cierta antigüedad no quisieron optar por la inclusión en el RETA ya que las aportaciones realizadas durante bastante tiempo a la mutualidad del Colegio, aunque puedan rescatarlas, no les va a servir para abrir el derecho a prestar dicho Régimen.

b) Si no tenían establecida una mutualidad de previsión o la misma no era obligatoria:

Los colegiados no se encuentran obligados a darse de alta en el RETA. No obstante, tuvieron todo el año 1999 para poder solicitar la afiliación en el RETA, cosa que con anterioridad a la Ley 50/1998 no era posible. Trascurrido dicho plazo sólo podrían en el futuro solicitar la incorporación si su Colegio Profesional solicitase la incorporación colectiva.

2.2 Los que iniciaron su actividad a partir de 10-11-1995.

La regla general es que los colegiados a partir de tal fecha deberán de encuadrarse en el RETA. Aunque se establecen una serie de reglas especiales:

a) Las personas que se hubiesen colegiado e iniciado su actividad entre el 10-11-1995 y 31-12-1998:

entidad alternativa⁸. Como se ha dicho, lo que se ofreció por la norma era una obligación alternativa: el deber principal es el de darse de alta en el RETA pero si se prefiere la protección por la Mutualidad, los profesionales “quedan exentos de la obligación de alta en el RETA”⁹.

Lo cierto es que de la regulación producida se deducía la fuerte posición que algunos Colegios Profesionales (y sus poderosos instrumentos financieros, las Mutualidades) tenían frente a la Administración. Son muchos los intereses que se ponen en juego, al mismo tiempo que es mucho el dinero que las mutualidades “obligatorias y no sustitutorias” manejan. En muchos casos, el sistema creado que no permite la totalización de períodos o aportaciones entre la Seguridad Social y las Mutualidades, impedirá que el colegiado “antiguo” opte por la Seguridad Social.

- Colectivos con mutualidades voluntarias:

Cuando se trate de colectivos no integrados en el RETA, el alta en dicho Régimen Especial debió de producirse dentro del primer trimestre de 1999 cuando pertenecieran a un Colegio Profesional que, a fecha de 10-11-1995, tuviese establecida una mutualidad voluntaria cuyo ámbito de cobertura tuviese un contenido protector equiparable al establecido en el RETA.

A partir de 1-1-1999 este colectivo obligatoriamente queda incluido en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, salvo que la inclusión en el RETA lo hubiera sido entre tales fechas (por ejemplo, a solicitud del propio Colegio Profesional).

- Colectivos con mutualidades obligatorias:

Los profesionales pertenecientes a Colegios Profesionales con este tipo de mutualidades que hubiesen iniciado su actividad y se hubieran colegiado a partir de 10-11-1995 podrán optar entre la mutualidad de previsión obligatoria que pudiera tener constituida el Colegio Profesional o encuadrarse en el sistema de Seguridad Social.

⁸ Son Mutualidades de Previsión Social que actúan como alternativas al Régimen Especial de Autónomos respecto del encuadramiento de determinados profesionales colegiados las siguientes entidades: Previsión Mutua de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, mutualidad de Previsión Social; Mutualidad General de Previsión de los Gestores Administrativos; Mutualidad General de la Abogacía, Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija; Mutualidad General de Previsión Social de los Químicos Españoles; AMIC. Mutualidad de Ingenieros Industriales y Aeronáuticos; Mutualidad de Previsión Social de los Procuradores de los Tribunales de España; Hermandad Nacional de Previsión Social de los Arquitectos Superiores; Preemat. Previsión Mutua de Aparejadores y Arquitectos Técnicos; Mutualidad de Previsión Social de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales; Mutual Médica. Mutualidad de Previsión Social; Alter Mútua de Previsió Social dels Advocats de Catalunya a Quota Fixa.

⁹ Como indica Sempere Navarro, A.V. la elección no es en plano de igualdad estricta ya que prevalece la “obligación de afiliación al primero, no existente en caso de acogerse a la segunda”, en “La Mutualidad de Previsión de la Abogacía y sus prestaciones ante la normativa actual”, Rev. Poder Judicial nº 50, 2000, p. 512. También del mismo autor, “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad”, RD Aranzadi Social 1/2000, p. 6.

Lo que queda claro es que con la regulación, a pesar de establecer el RETA como primera opción u opción principal, se produce una “primacía de la voluntad individual” que no concuerda ni con la obligatoriedad de la colegiación ni con la regla general de obligatoriedad del encuadramiento en el sistema de Seguridad Social, como indicó en su momento PANIZO ROBLES¹⁰.

Para rematar la cuestión, la Resolución de 24 de julio de 2007 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS), vino a establecer criterios de delimitación para la actuación de determinadas Mutualidades de Previsión Social como entidades alternativas a la obligación de alta en el RETA. Como quiera que con la redacción final de la DA 15^a de la Ley 30/1995 la inclusión en el RETA de los profesionales colegiados venía condicionada por la posibilidad de que el profesional optara por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social establecida por su correspondiente Colegio Profesional, en tanto que la misma hubiera estado constituida antes del 10 de noviembre de 1995 (y por lo que se hubiera entendido de adscripción obligatoria), vino a producirse en la práctica una serie de disfunciones a causa de que algunas Mutualidades de Previsión Social tenían carácter territorial; lo que venía a producir resultados distintos para el colectivo de profesionales dependiendo de si la localidad o Comunidad donde radicará el Colegio Profesional tenía o no una Mutualidad de Previsión. Evidentemente ello llevó consigo limitaciones para los colegiados que hubieran iniciado su actividad después del 10 de noviembre de 1995 porque su derecho a optar entre el RETA y la mutua se condicionaba a la existencia de la misma en su ámbito territorial. Por lo que si la misma no existía, no le quedaba otra posibilidad que incluirse en el RETA¹¹.

Por ello, la Resolución de 24 de julio de 2007 permitió que, a partir de septiembre de ese año, las Mutualidades de Previsión Social con el ámbito territorial restringido a algunos Colegios Profesionales pudieran extender su actuación como entidades alternativas, con respecto a los demás colegiados de la

¹⁰ Vid. Panizo Robles, J.A.: “El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: el mantenimiento de una situación particular” *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF nº 190, 1999.

¹¹ Ello en el fondo producía un agravio comparativo ya que a los colegiados que ejercían una misma actividad profesional por cuenta propia les podría ser de aplicación diferentes regímenes jurídicos en orden a su encuadramiento en la Seguridad Social, según la existencia o no de Mutualidad en el ámbito geográfico donde radicaba su Colegio Profesional.

misma profesión, en el resto del ámbito territorial del Estado en que se encontraran autorizadas para ejercer la función aseguradora de acuerdo con la legislación aplicable. En coherencia con ello se otorgaba una “segunda oportunidad” de opción a los colegiados que hubiesen comenzado su actividad profesional por cuenta propia con posterioridad al 10 de noviembre de 1995 y hubieran quedado incluidos “obligatoriamente” en el RETA, siempre que en su Colegio Profesional pasaran a disponer de una Mutualidad de Previsión Social, y con un plazo “improrrogable” para cambio de entidad de 6 meses desde la fecha en que dictó la Resolución¹².

2. NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON EL TRABAJO

2.1. Entre lo que subyace en la STS sala contencioso administrativo, de 2 de marzo de 2016 y lo que aflora en la STSJ de Castilla León, sala de lo social, 23/2016, de 15 de enero de 2016.

Aunque las sentencias analizan cuestiones distintas, dan lugar a un mismo resultado final. Evidentemente, por cuestiones de competencia material, en la STS de la sala contencioso administrativo se examina sobre la validez o no de una baja como acto de encuadramiento, esto es, lo que se discute es si es posible o no la baja en el RETA de un abogado cuando obtiene la pensión de jubilación y pretende continuar en el ejercicio de la misma pero incluyéndose en la Mutualidad de la Abogacía. Es curioso, la argumentación de la TGSS es que no procede la baja en la Seguridad Social porque sigue realizando la misma actividad, la de la abogacía, que es la que había dado motivo a su inclusión en el RETA. Por lo que no existiendo cese en la actividad, evidentemente, el INSS estaba legitimado para negar la pensión de jubilación, por falta del requisito que acreditaba el cese en el trabajo¹³. Lo cual, dicho sea de paso, es rigurosamente

¹² Evidentemente pudieron causar baja en el RETA si optase por su inclusión alternativa en la correspondiente mutualidad. Evidentemente, dicha baja no dio lugar a devolución alguna de cuotas ingresadas y tenía efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en el que se formulase la solicitud de baja.

¹³ En coherencia con el artículo 3 a) de la Orden de 18 de enero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de Vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, se podrá acceder a esta prestación “*Para los trabajadores que se encuentren en alta, el día de su cese en el trabajo por cuenta ajena.*”

cierto puesto que el art 35.2 del RD 84/1996 Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas y Bajas de trabajadores establece que *“la baja del trabajador producirá efectos desde el cese (...) en la actividad por cuenta propia”*. Indicándose en el último párrafo de este apartado que *“La mera solicitud de la baja y el reconocimiento de la misma no extinguirá la obligación de cotizar ni producirá los demás efectos de aquéllos si continuase la prestación del trabajo o el desarrollo de la actividad o situación correspondiente...”*.

Desde luego, las interpretaciones de la Administración de la Seguridad Social son de lo más desconcertantes, porque en el Oficio de Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 de octubre de 2013, se permite acceder a las pensiones de “jubilación activa” sin que se haya producido un cese real en el trabajo, interpretando, ahora, que no es necesaria la baja para ello, y que la pensión se entenderá causada el “último día del mes que corresponda tomando como referencia el día en que el trabajador haya presentado la solicitud de la pensión compatible con el trabajo”¹⁴. Justamente lo contrario que mantenía en el asunto que se examina en la STS de 2 de marzo de 2016.

De otro lado, se han vertido, al comentar esta sentencia, afirmaciones inexactas: por ejemplo, se indica que en esta STS, sala contencioso administrativo, de 2 de marzo de 2016 (RJ 2016, 642), “lo que se debate es si cabe la compatibilidad en el percibo de una pensión, reconocida en el RETA, régimen de Seguridad Social en el que se estaba de alta por la realización de una actividad consistente en el ejercicio libre de la abogacía, con el desarrollo de dicha actividad, pero con una inclusión en la Mutualidad General de la Abogacía”¹⁵. E incluso, mucho más lejos de la realidad, resuelve la problemática “de forma negativa” sobre la compatibilidad en percepción de dicha pensión y el ejercicio profesional para el profesional afiliado al RETA una vez cesada la actividad y reconocida la pensión de jubilación en dicho Régimen Especial¹⁶. En mi opinión

¹⁴ Vid. Mercader Uguina, JR. “¿Puede producirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo sin cesar el trabajador en su actividad? El RDL 5/2013 y el valor interpretativo el Oficio de Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 de octubre de 2013 Información Laboral nº 1 /2014.

¹⁵ Como indican Presa García-Lopez, R y Panizo Robles, J.A en “Si has causado pensión en el Régimen Especial de Autónomos como abogado no puedes seguir ejerciendo la actividad profesional, aunque te incorpores a la Mutualidad General de la Abogacía” BIB 2016/2526 Rev Aranzadi Digital

¹⁶ En palabras exactas, lo que resuelve según Panizo Robles es que “el interesado optase por afiliarse y/o darse de alta en el RETA, pero manteniendo su incorporación en la Mutualidad, surgía

no debemos ser tan optimistas con esta sentencia ya que única y exclusivamente se analiza si procede o no una baja en el RETA cuando el solicitante de la misma continúa realizando la misma actividad que dio derecho a su inclusión. Es cierto que, según el relato fáctico de la Sentencia, inicialmente se solicitó la baja (pero sin el cese de actividad) y se concedió la pensión de jubilación en el RETA. Pero tras una revisión de oficio, se revocó la baja ya que el trabajador, sin solución de continuidad, se mantenía realizando la profesión de abogado. Y en coherencia con la anulación de la baja, vuelve a estar en alta, lo que supone una situación de activo, incompatible con el percibo de la pensión de jubilación. Realmente, el TS no hace referencia alguna a la pensión de jubilación, no puede hacerlo porque es un tema en el que no es competente materialmente. En fin, que se discute únicamente es la validez o no de un acto administrativo de encuadramiento, por supuesto, la validez del acto de alta como acto de encuadramiento lleva consigo el imposible acceso a la prestación de jubilación, pero ello es una consecuencia secundaria que ni siquiera se discute ya que no es competente el Tribunal. Pero lo verdaderamente importante, al menos para lo que no interesa es que nos permite preguntarnos sobre la consecuencia indirecta, esto es sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la realización de un trabajo con la pensión de jubilación.

Por su parte, el objeto de litigio en la STSJ de Castilla León es, puramente, la compatibilidad de la pensión de jubilación con el ejercicio de la abogacía. La consecuencia final de este fallo da lugar a la incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo de los abogados que hubieran causado su pensión de jubilación estando dados de alta en el RETA. En este supuesto, el actor solicitó pensión de jubilación en el RETA condicionada a la concesión de la compatibilidad de la misma con la actividad profesional de la abogacía, lo que le fue denegado. Para esta sentencia es imposible la compatibilización de la pensión de jubilación total del RETA del abogado con el posterior ejercicio de la abogacía aunque pudiese acceder a la misma a través de la cobertura de una Mutualidad de Previsión Social alternativa ya que el “actor no había solicitado baja en el

la duda de si, una vez cesada la actividad y reconocida la pensión de jubilación en dicho Régimen Especial, cabía la percepción de dicha pensión y el ejercicio profesional, con el mantenimiento de pertenencia a la Mutualidad colegial, dada la naturaleza de Mutualidad alternativa y complementaria”, en “El Tribunal Supremo zanja la cuestión: no se puede percibir la pensión de jubilación en el RETA y mantenerse en el ejercicio profesional de la abogacía, con inclusión en la Mutualidad General de la Abogacía”, CEF, Marzo 2016.p.2

RETA”. De hecho, el INSS sí le concedió a su petición una “jubilación activa”, ex RD-Ley 5/2013. En definitiva, en el FJ 2º se indica que *“Pero, en caso ahora enjuiciado, estaba dado de alta en el RETA, no consta que hubiera solicitado su baja y la primera vez que consta la solicitud de baja en el mismo, es en el escrito interponiendo el recurso de Suplicación, lo que es un hecho y cuestión nueva y que como tal no puede ser ni valorado ni tenido en cuenta para resolver el recurso.*

Y en cuanto al trabajador por cuenta propia afiliado al RETA, y al amparo de cuyo régimen solicita la jubilación... condicionada a no darse de baja en el Censo de Empresarios Profesionales y Retenedores, solo es posible la compatibilidad siempre que el trabajo por cuenta propia no genere ingresos superiores al Salario Mínimo Interprofesional, art. 165.4 LGSS..., requisito que no ha probado el actor, como también se declara con valor de hecho probado...”. O sea, que, en sentido contrario, si hubiese solicitado la baja en el RETA parecer que podría entenderse la compatibilidad.

Para incrementar la inseguridad sobre la cuestión en la que nos movemos hemos de hacer referencia necesariamente a la STSJ de Madrid, sala de lo social, de 17 de diciembre de 2013 (rec. 1741/2013) que analiza el mismo supuesto de hecho que la sentencia anterior: se trata de un trabajador que solicita la pensión de jubilación en el RETA como abogado ejerciente por cuenta propia, indicando en su solicitud que deseaba continuar ejerciendo la profesión de abogado por cuenta propia, ex DA 37ª Ley 27/2011. El INSS le denegó la prestación por no estar dado de baja en el RETA. El actor solicitó su baja en el RETA y la TGSS acordó “desestimar la solicitud de baja por no quedar acreditado el cese de actividad que dio lugar a su alta en el citado Régimen Especial”. En base a ello, el INSS resolvió la denegación de la pensión de jubilación por “no haberse producido el hecho causante de la pensión”. Pues bien, esta sentencia relativiza el requisito de la baja en el RETA para poder acceder a la pensión de jubilación compatible con la actividad como abogado (ahora cubierto por la Mutualidad) ya que en su FJ 2º indica *“Como para ejercer una actividad profesional es preciso estar de alta en el Censo de Empresarios Profesionales y Retenedores, es evidente que no es preciso cumplir el requisito que exige el INSS al actor para causar derecho a la pensión de jubilación, ya que cumple todos los demás requisitos exigidos legalmente”* y continua más adelante indicando que *“En cuanto a los efectos, la sentencia de instancia debe ser confirmada, pues entiende el I.N.S.S. que deben ser desde que se produce el hecho causante, que es la baja en el RETA, lo que no se ha producido por impedirlo el I.N.S.S., significando que para ejercer es preciso estar de alta en Hacienda y, por tanto, este requisito -acreditar documentalmente la baja en Hacienda como Abogado ejerciente por*

cuenta propia- no puede ser exigido.”. En cierto modo, culpa de la imposibilidad de conseguir el requisito de la baja al INSS y al propio servicio común que se la deniega. Con lo cual la polémica está servida. Desde luego, esta sentencia creo que cumplía con los requisitos legales exigidos para servir de contraste en un posible recurso de casación por unificación de doctrina ante la Sala IV respecto a la doctrina emanada en el sentido de la STSJ de Castilla León anteriormente comentada.

2.2. La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo

2.2.1 Configuración general: hacia el envejecimiento activo como objetivo

El alto coste económico actual de las pensiones de jubilación, que las han convertido en el gasto central de los sistemas de protección social, y su proyección a causa del envejecimiento de la población (y la baja tasa de natalidad), ha supuesto que en los últimos años se hayan producido importantes cambios normativos en esa materia.

Claramente, los distintos avisos producidos desde la Unión Europea dieron lugar a que por consenso de las distintas fuerzas políticas se adoptara a mediados de los noventa del siglo pasado el conocido como Pacto de Toledo, que, respecto del tema que nos ocupa, estableció como recomendación la flexibilidad en la edad de jubilación (que habría de establecerse de forma progresiva y gradual). La idea era que el sistema no pudiera impedir “una presencia social activa del pensionista” bien facilitando la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo desearan o bien permitiendo una jubilación parcial en el sentido de poder simultanear la pensión con la actividad laboral del trabajador.

A esta idea última idea ha de unirse que el reforzamiento de los principios de equidad y contributividad, “sin perjuicio del criterio de solidaridad”¹⁷, de tal modo que las prestaciones guarden una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado. Ha sido una magistral eufemismo para recortar, de

¹⁷ Lo cual siempre me ha parecido incongruente. Estamos en un sistema de pensiones de reparto, el reforzamiento de criterios de contributividad es propio de los de capitalización, salvo que quieran imponerse como obstáculos a la obtención de prestaciones públicas y con ello conseguir contener el gasto social. ¿Quién nos garantiza una pensión proporcional al esfuerzo de cotización realizado si cuando nos jubilemos nuestras cotizaciones ya se habrán gastado en el pago de pensiones de los pasivos durante nuestro período de aportación?

forma dura a veces, los derechos a prestaciones contributivas del sistema la Seguridad Social bien incrementando los requisitos de acceso bien reduciendo la cuantía final de las prestaciones a recibir. Como indica de forma impecable GARCÍA MURCIA, el tema de la prolongación de la vida activa se vincula “al terreno de la sociología, la demografía y la ciencia financiera o presupuestaria, aunque siempre con algún ingrediente importante procedente del campo asegurador o actuarial. El gran objetivo de estas propuestas es la preservación de la salud financiera de los sistemas de Seguridad Social, aunque en su puesta de largo también suelen intervenir argumentos de otro calado: de una parte, la alusión a las expectativas de vida de las personas y, por lo tanto, al momento de llegada de la fase de vejez, que hoy en día parece en trance de despegarse del mero cumplimiento de la edad de sesenta y cinco años; de otra parte, la invocación de razones productivas y económicas, más pendientes de la posible aportación de las personas, aún a sabiendas de su avanzada edad, al sistema productivo”¹⁸.

Ya no solo se ha modificado la edad de acceso a las pensiones de jubilación o se han endurecido los requisitos para acceder a las pensiones de jubilación anticipada, sino también en el conocimiento de que en el futuro las pensiones de jubilación no cumplirán la función de rentas de sustitución de los salarios dejados de percibir, alejándose de la tasa de sustitución ideal (probablemente pasemos de los “workers poors” a los “old age pensioner poors”) ya se están diseñando válvulas de escape para tales insostenibles situaciones que permitan la compatibilidad de la pensión con el trabajo.

En definitiva, el concepto de flexibilidad afecta también a la propia contingencia de la jubilación, ya no sólo a las posibilidades que deja al trabajador en cuanto a la elección de adelantar¹⁹ o retrasar la edad de jubilación, sino también a la posibilidad de compatibilizar la pensión con el desempeño con una actividad laboral sea cual sea el momento²⁰. No solo eso, sino que además se viene a impulsar la prolongación de la vida activa, la promoción de una jubilación más tardía y progresiva y la potenciación de la jubilación activa. Dicho de otro modo,

¹⁸ En “La política contemporánea de jubilación: algunos dilemas y algún contrasentido”, en AAVV, *Tratado de jubilación: Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo motivo de su jubilación*, Coord. López Cumbre, Editorial Lustel, Madrid, 2007, pág. 395.

¹⁹ En este aspecto, francamente, cada vez son menos las posibilidades.

²⁰ Como indica Alarcón CaracueL, M.R.: “El concepto de jubilación flexible”, TL nº 66, 2002, 122-123.

se considera que es bueno alargar la vida laboral de los trabajadores en un marco lo suficientemente flexible para que pudiera dar respuesta a todas las especiales situaciones de este colectivo y para ahorrar gastos en pensiones. Y es que, como ha indicado certeramente LÓPEZ GANDÍA, “las nuevas relaciones entre pensión de jubilación y trabajo son por otro lado una muestra más del llamado Estado del Bienestar ‘activo’, del nuevo papel de las prestaciones de Seguridad Social en relación con la actividad, esto es, del paso de un sistema de protección social identificado con la sustitución de rentas del trabajo exclusivamente a un sistema de prestaciones al servicio de la recolocación”²¹.

2.2.2. *Breves apuntes sobre las posibilidades de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista vigentes en la actualidad*

Unas de las características históricas, que con el paso del tiempo se viene desmoronando, para el acceso a las pensiones de jubilación ha sido, o es, el cese en la actividad. La contingencia que daba causa a las prestaciones por jubilación era la situación de pérdidas de salarios o medios de subsistencia que sufrían los trabajadores al alcanzar una edad, fijada por el legislador, en la que se entendía o presumía que se podrían haber perdido las aptitudes y capacidades para el ejercicio de una actividad laboral. Recordando que, salvo excepciones, alcanzar dicha edad no tenía que suponer de forma obligatoria dejar de trabajar sino que era una opción para que, en caso de no querer continuarse en activo, se pudiera acceder a la pensión de jubilación si se cumplían los requisitos.

El art. 213 LGSS establece como regla general que el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista²². Ello es perfectamente coherente con el concepto de jubilación contributiva del art. 204 cuya prestación económica se reconocerá “cuando alcanzada la edad establecida, cese

²¹ En *Jubilación parcial*, Bormarzo, Albacete, 2004, pág. 7.

²² Por su parte, el artículo 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, al referirse a la incompatibilidad indica que:

“ 1. El disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial, del Régimen General o de alguno de los demás Regímenes Especiales a que se refiere el artículo 10 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974

2. El disfrute de la pensión de jubilación será compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad.”

o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena” (ello también es aplicable para el trabajo por cuenta propia como se recoge en el art. 42 del RD 2530/1970 de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos que indica que la misma se concederá “cuando a causa de su edad cesen en el trabajo”. También es incompatible la percepción de la pensión de jubilación con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público²³, incluyendo a los altos cargos de la Administración.

Las únicas excepciones a la compatibilización de las pensiones de jubilación con la actividad del pensionista, además de las salvedades que legal o reglamentariamente se prevean en las que nos centraremos en el apartado siguiente, serían:

a) La llamada jubilación flexible²⁴: recogida en el segundo párrafo del art. 213.1 LGSS, esto es las personas siendo beneficiarios de pensiones de jubilación acceden nuevamente al mercado de trabajo con un contrato a tiempo parcial, en cuyo caso la cuantía de la pensión “se minorará en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable”²⁵.

b) La jubilación parcial: recogida en el art. 215 LGSS, que puede ser o no anterior a la edad legal de jubilación, y que supone, siempre que se cumplan los requisitos, especialmente estrictos en los casos de anticipación, que el trabajador

²³ A excepción de los profesores universitarios eméritos y del personal licenciado sanitario emérito.

²⁴ Por todos, véase, García Ninet, J.I.: “Jubilación parcial, jubilación flexible y contrato de relevo. Nuevos intentos de utilización de esta modalidad contractual. Reparto del empleo e incentivo a la prolongación de la vida laboral a tiempo parcial”, *Tribuna Social*, nº 247, 2003, pág. 7. Y, especialmente, como se inserta la legislación española sobre la jubilación flexible en el seno de la normativa europea, puede verse López Cumbre, L., en “El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible”, *RMTAS* nº 37, 2002.

²⁵ Ha de recordarse que la “jubilación flexible” como término que utiliza el art. 1 de la Ley 35/2002 “puede llevar a confusión, pues ha referido la mención jubilación flexible a sólo un supuesto específico de ella, el de compatibilidad de la pensión de jubilación ya obtenida con un posterior trabajo a tiempo parcial. El concepto de jubilación flexible es genérico e incluye a todos los supuestos de alteración de la regla de la jubilación total y completa a los 65 años”, como indica Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M, en “La flexibilidad de la edad de jubilación”, *RL t. II*, 2002, versión leydigital.es, pág. 14. De hecho, en términos generales, podría decirse que “la jubilación parcial es una manifestación más de la jubilación flexible en relación a las condiciones de la percepción de la prestación”, como indica Pumar Beltrán, N., en “La jubilación parcial como manifestación de flexibilidad”, *TL* nº 82, 2005, pág. 139.

acuerde con el empresario una reducción de su jornada de trabajo (generalmente, entre un mínimo del 25% y un máximo del 50%) para iniciar su vida como pasivo obteniendo una pensión de jubilación parcial para compensar la ganancia de ingresos por la reducción de jornada producida.

Desde luego la jubilación parcial y la flexible son dos situaciones distintas: la jubilación parcial es para personas en activo que desean reducir su jornada de trabajo y compatibilizar con una pensión de jubilación parcial y la jubilación flexible supone que un pasivo, un trabajador ya jubilado, vuelve a acceder al mercado de trabajo a través de un contrato a tiempo parcial, viendo por ello reducida su pensión en proporción inversa a la jornada de trabajo a tiempo parcial realizada.

c) La llamada “jubilación activa”: recogida en el art. 214 LGSS que permite el disfrute de la pensión de jubilación a los pensionistas con cualquier trabajo por cuenta propia o ajena siempre que éste haya accedido a la pensión de jubilación a la edad legal (no bonificada ni anticipada) y la cuantía de su pensión hubiera obtenido el máximo posible a dicha edad (100%). En dicho caso, e independientemente de que el trabajo por cuenta ajena se realice a tiempo parcial o completo, se permite la compatibilidad con la pensión de jubilación pero la misma se reduce la 50%, excluido el complemento a mínimos que correspondiera, evidentemente, cuando se cese en dicha actividad se recuperará nuevamente la pensión de forma íntegra con las revalorizaciones correspondientes²⁶. La norma exige el acceso previo a la pensión de jubilación, por lo cual el trabajador habrá tenido que haber cesado en su trabajo, pero un “Oficio” de la DGOSS de 4 de octubre de 2013 con un valor jurídico más que discutible obvia esta obligación ya que permite acceder a la pensión de jubilación activa a los solicitantes que hubieren cumplido el resto de los requisitos “sin que se produzca el cese”²⁷. Pero lo cierto es que esta misma interpretación ya ha sido acogida en alguna sentencia (STSJ de Castilla León de 22 de octubre de 2015 (Jur 2015, 257202))²⁸.

²⁶ Durante dicho trabajo se produce una cotización reducida, de “solidaridad” que sólo computará para las prestaciones de incapacidad temporal y por contingencias profesionales.

²⁷ Una dura, pero justa crítica, a este “derecho subterráneo de la Seguridad Social”, puede verse en Mercader UguinA, J.R. “¿Puede producirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo sin cesar el trabajador en su actividad? El RDL 5/2013 y el valor interpretativo del Oficio de Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 de octubre de 2013, op. cit.

²⁸ En esta sentencia se permite acceder a la pensión de jubilación al trabajador que cumple en el momento de la solicitud los requisitos, pese a mantener su alta en el RETA “ya que la norma

d) La compatibilidad con “trabajos marginales”: el art. 213.4 LGSS recoge una situación de compatibilidad tan curiosa como complicada de controlar²⁹. Se indica en el mismo que el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Y además excluye de cotización a tales supuestos por lo que no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social.

3. EN ESPECIAL: LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL EJERCICIO PROFESIONAL COMO ABOGADO Y LAS PENSIONES POR JUBILACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

3.1. Cuestiones generales de incompatibilidad fallidas: en el encuadramiento y en las prestaciones

De forma ciertamente reiterada, a distintos Gobiernos no les ha satisfecho la regulación de la protección social de los profesionales de Colegios con Mutualidades alternativas y por ello han intentado limitar o interpretar de forma restrictiva la LOSSP.

Por parte del Gobierno o de la Administración de la Seguridad Social se ha “atacado” a la Ley desde dos frentes interpretativos:

a) En un primer lugar, respecto de la posibilidad de simultanear la incorporación en la Mutualidad Colegial y el alta en el RETA. Ya que una interpretación realizada por la TGSS en sentido exclusivo, impidió a un profesional colegiado en el RETA estar al mismo tiempo incorporado a su mutualidad. Olvidando que la en Ley 30/1995 se configuraron éstas como una instrumento complementario del sistema de Seguridad Social, además de alternativo, lo que se desprendía directamente de la declaración del art. 64 de dicha norma que indica que “*las*

no establece prohibición al respecto”, como indica Domínguez Martín, A. “La jubilación activa no requiere baja previa en la Seguridad Social” STSJ de Castilla León de 22 de octubre de 2015 (Jur 2015, 257202), Rev. Aranzadi Social, BIB, 2016/218.

²⁹ Como se ha dicho, respecto de la compatibilidad con ingresos inferiores al SMI, “... en muchos casos el control del importe real puede ser complicado por diversos motivos”, en Selma Penalva, A “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, Rev. Doctrinal Aranzadi Social nº 2/2013 (BIB 2013/931), p. 5, además esta autora duda, y estoy de acuerdo con ella, que en la actualidad hayan mecanismos adecuados para comprobar que los ingresos realmente declarados por el pensionistas coinciden con la realidad.

Mutualidades de Previsión Social son entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementario al sistema de la Seguridad Social obligatoria”.

El Tribunal Supremo, en STS, sala de lo social, de 25 de enero de 2000³⁰ dirimió esta cuestión al interpretar en el sentido de que la DA 15ª LOSSP “*la opción establecida por la Ley 30/1995 no viene configurada como alternativa obligatoria, sino como opción voluntaria por el uno o el otro, sin que ello suponga la prohibición de permanencia en los dos*”. Lo que supone, en resumidas cuentas, que las Mutuas de Previsión Social tienen dos finalidades principales: “una primera que consistirá en servir de sistema opcional de protección al público para aquéllos que ejerzan su actividad profesional por cuenta propia y decidan no acogerse a la cobertura del RETA; por otra parte, como propósito vinculado a su propia esencia, cubrirán una atención complementaria a la del sistema público, cuando los sujetos del colectivo indicado hayan elegido la Seguridad Social como sistema de atención primario”³¹.

b) En segundo lugar, el RD 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Mutualidades de Previsión Social en su art. 17.2 vino a declarar incompatibles las prestaciones otorgadas por el RETA con las percibidas por la Mutualidad, cuando esta actuase como mecanismo alternativo.

Pero este precepto fue declarado nulo por la STS, de la sala contencioso administrativo, de 22 de junio de 2004, al entenderse contrario a una norma de carácter superior: la DA 15ª LOSSP que permitía la elección entre dos posibilidades, sin que ello supusiera en modo alguno la incompatibilidad de la afiliación en el RETA con la permanencia en la Mutualidad, como también se vio en la interpretación realizada por la STS, de la sala de lo social, de 25 de enero de 2000. Lo cual es, nuevamente, la aplicación del art. 64 de la LOSSP ahora como modo de protección social complementaria a la del RETA³².

³⁰ Vid. Sempere Navarro, A.V. “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía”, Aranzadi Social, nº 0, Abril 2000.

³¹ Vid. Blázquez Agudo, EM “La doble función de las Mutuas de los Colegios Profesionales. Comentario a la Sentencia de la sala de lo contencioso del TS, de 22 de junio de 2004” Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Nº. 7, 2004, p.4 y 5.

³² Vid. Ron Latas, R.P., ¿Son compatibles las prestaciones de las mutualidades de previsión social de los colegios profesionales y las del régimen especial de trabajadores autónomos? (BIB 2004/1627) Rev. Doctrina Aranzadi Social, 2004.

Por ello, en caso de que el profesional colegiado optara por el RETA para su protección social y se mantuviera en la Mutualidad con carácter voluntario/complementario, cuando se jubile, podrá acceder a la pensión del sistema de Seguridad Social, la cual será compatible con la pensión o rentas compatibles por la misma situación de la Mutualidad de Previsión Social del Colegio Profesional ya que no pueden considerarse como “pensiones concurrentes” que puedan afectar a la cuantía a percibir por el sistema público³³.

Ha de tenerse en cuenta que por lo general la cobertura de las Mutuas de Previsión Social aunque pueden tener ha extensión parecida a las contingencias cubiertas por la Seguridad Social según el art. 65 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, que sustituye a la LOSSP, las contingencias protegidas podrán ser las de muerte y supervivencia, jubilación, enfermedad, incapacidad, matrimonio, maternidad e hijos, etc, pero se deja a la voluntad de los órganos gestores de la Mutua la determinación y la intensidad de las prestaciones que vayan a cubrir, por lo que la decisión recogida en el art. 17.2 del Reglamento de las Mutuas de Previsión Social, correctamente anulado por el TS, era tremendamente restrictiva³⁴.

3.2. La compatibilidad de la pensión de jubilación con el ejercicio libre de la abogacía

3.2.1 La normativa vigente

Anteriormente, cuando se hizo referencia al art. 213, 214 y 215³⁵ LGSS pudimos ver las situaciones en las a pesar de existir una regla general de incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo se permitía, siempre que se

³³ Vid Vicente Palacio, A. “La realización de actividad profesional como elemento determinante para la inclusión en el nivel contributivo de la Seguridad Social. Algunas consideraciones desde la perspectiva de la contributividad”, RTSS-CEF, 257-258, 2004.

³⁴ Vid. Fernández Fernández, R. ; “La protección social de los abogados: ¿RETA o Mutualidad del Colegio Profesional”, RTSS-CEF, nº 267, 2005.

³⁵ Teniendo en cuenta que en el momento actual a pesar de que la Ley 27/2011 previó la regulación del trabajo a tiempo parcial de los trabajadores autónomos en el RETA, no es posible en modo alguno la jubilación parcial para ellos ya que, aunque tenía que haber entrado en vigor en enero de 2013, se ha ido posponiendo todos los años. En el momento actual la legislación ha pospuesto su entrada en vigor en enero de 2017, pero es una cuestión que no terminamos de creernos por las experiencias previas.

cumplieran los oportunos requisitos la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, pero teniendo en cuenta que, salvo para el caso de “trabajos marginales” con rentas inferiores al salario mínimo interprofesional, en los demás supuestos la compatibilización suponía la reducción de la cuantía de la pensión de jubilación durante el periodo en el que se realizara una actividad laboral o profesional.

Junto a estas situaciones, se pospuso para este momento el análisis de la situación que legal o reglamentariamente permitiera la compatibilización de la pensión de jubilación con la actividad del pensionista.

Pues bien, el art. 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de Vejez en el Régimen General de la Seguridad Social establece que el disfrute de la pensión de vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista, *“por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social”*.

Por su parte, el art. 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos establece, de un lado, en el mismo sentido que la norma citada anteriormente, que el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con todo trabajo del pensionista, *“por cuenta propia o ajena, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial, del Régimen General o de alguno de los demás Regímenes Especiales”*. Y, de otro lado, que el disfrute de la pensión de jubilación será compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad³⁶.

La interpretación parece clara: el pensionista de jubilación que realice una actividad que no de lugar su inclusión en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social podrá compatibilizar su pensión de jubilación con dicha acti-

³⁶ Como indica Sánchez-Urán Azaña, Y. “... ciertamente es un supuesto conflictivo que no ha sido actualizado por el legislador. En este sentido, la DGOSS en Resolución de 1999 entiende que tales actividades sólo son aquéllas “consistentes en dictar instrucciones directas y criterios de actuación a las personas que tienen encomendadas la gestión y administración de la empresa, así como los actos de disposición que no sean necesarios para efectuar aquellas” en “Trabajadores de edad avanzada: Jubilación y Trabajo. Cuestiones prácticas tras la reforma de 2013” Actualidad Laboral nº 10, 2013, <http://eprints.ucm.es/22137/> p. 34

vidad (independientemente de los ingresos que pueda tener). En el momento actual, las únicas personas que pueden realizar ello son los profesionales que pertenezcan a Colegios con Mutualidad de Previsión Social alternativa al RETA ya que, como se ha dicho anteriormente, pueden optar en su cobertura por la entidad privada alternativa, con lo cual cumplirían las regla prevista en las normas citadas anteriormente. De hecho, una reiterada doctrina administrativa de la DGOSS y de la propia TGSS³⁷ venía a interpretarlo en dicho sentido, dado que la actividad por cuenta propia realizada por el profesional colegiado integrado en la Mutua, al ser externa al sistema, permitía la compatibilidad con la pensión de jubilación³⁸.

3.2.2 Otro intento fallido más de limitar la compatibilidad: una norma no derogada formalmente

Por su parte, la Orden TIN 1362/2011, de 23 de mayo, sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de la pensión por jubilación del sistema de Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados intentó dar un giro a esta situación.

Tras indicar que la aplicación práctica de este tipo de compatibilidad “vino a suscitar ciertas dudas” sobre la compatibilización entre la pensión jubilación y el ejercicio de una profesión liberal, dio una reinterpretación al art. 16 de la Orden de 18 de enero de 1967 y extendió la incompatibilidad también a estos supuestos. La idea era evitar a partir de dicho momento, pues no afectaba a las situaciones ya consolidadas ni a los supuestos en los que el profesional en el momento de la adopción de esta Orden ya tuviera cumplido los 65 años de edad, la compatibilidad de la pensión de jubilación con el ejercicio libre de la profesión que permitiera la opción por la inclusión en una mutualidad alternativa frente al RETA.

³⁷ Según la Consulta 1366043, de 27 de Junio de 2014, al MESS, no vinculante: “La prestación de jubilación es compatible con trabajos que impliquen la afiliación a la mutualidad de un colegio profesional. Puesto que no existe un reconocimiento recíproco de cotizaciones entre los sistemas de previsión de los colegios profesionales y la Seguridad Social, estos trabajos son compatibles con la pensión de jubilación del sistema”. También la RDGOSS de 21 de noviembre de 2005 o la Resolución de la DGOSS de 6 de noviembre de 1996.

³⁸ En este sentido, López Anierte, M.C. en “Acerca de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia” REDT, Civitas, BIB 2012/3118 nº 156/2012, p. 5. También Requejo Gutiérrez, F “Incidencia en el ejercicio de las profesiones colegiadas del nuevo régimen de compatibilidad de la pensión de jubilación tras el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo”, NREDT nº 174/2015, BIB 2015/1047.

Norma que fue ampliamente criticada por la doctrina³⁹, pero que a pesar de ello fue parcialmente bendecida (en el sentido de no entender que la misma vulneraba el principio de jerarquía normativa) por la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012, que finalmente, como era de esperar, estableció que la misma, aunque no está formalmente derogada⁴⁰, no podría ser de aplicación por la DA 37ª de la Ley 27/2011 que ordenaba que se mantuviera el criterio interpretativo que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN 1362/2011. Evidentemente, la presión del colectivo de profesionales afectados (y especialmente de sus mutualidades) y, quizás, las dudas sobre la legalidad de la Orden, hicieron que se adoptara esta DA 37ª de la Ley 27/2011 volviendo al momento anterior.

3.2.3. *La necesidad de regular esta situación con una norma de rango legal que disipe las dudas*

La compatibilidad de la pensión de jubilación con los profesionales ejercientes de Colegios con Mutualidades alternativas sigue siendo una cuestión de interpretación que va a depender en última instancia de lo que el legislador desarrolle en un momento dado. Por ahora se utiliza un reglamento muy antiguo, preconstitucional, para sostener la compatibilidad pero quizás, en el futuro, las necesidades económicas del sistema exijan “recortar” esta situación, además de las dudas interpretativas que suscita.

³⁹ Norma de “rango insuficiente”, “agravio intolerable”, “transitoriedades diabólicas”, entre otras cuestiones, indica Sempere Navarro, A V. “La Orden Ministerial sobre incompatibilidad de la pensión de jubilación para profesionales colegiados”, BIB 2011/1139, Actualidad Jurídica Aranzadi num.825/2011, indicando que “Visto todo lo anterior, surge la duda de si lo mejor sería la inmediata derogación de esta intrépida y desconcertante orden”. Por su parte, Tortuero Plaza, J.L., critica que una OM fuese el vehículo normativo adecuado para la regulación, dudando de su legalidad en La Reforma de la Jubilación (Marco de Referencia y la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social), Aranzadi Thomson- Reuters, Navarra, 2011, pág. 129. También indica, creo que con cierta ironía, que la Orden operó “transcurridos 13 años desde que se entendió suscitada la “anomalía”...” O refiriéndose a la corrección de errores publicada en el BOE de 4 de junio de 2011 incluyó “... así como para quienes en la citada fecha hubieran ya cumplido los 65 años de edad”, lo que evidentemente “la llamada corrección de errores supuso una variación sustancial de la norma”.

⁴⁰ En este mismo sentido, a González Ortega, S., no le queda claro que la DA 37 de la Ley 27/2011 derogara la Orden TIN 1362/2011 ya que no está en el listado de la DD Única de la citada Ley, en “La reforma de la jubilación ordinaria”, en AAVV, *La Reforma de la Seguridad Social de 2011*, Dir. García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, Lex Nova, Madrid, 2011.

De hecho, la DA 37^a de la Ley 27/2011 contenía otro mandato claro al Gobierno para que elaborara un proyecto de Ley que regulase la compatibilidad entre pensión y trabajo pero “garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades”.

En el Oficio 21 junio 2013 DGOSS⁴¹ sobre una consulta del Colegio de Abogados de Barcelona sobre si el RD-Ley 5/2013 había afectado la situación de compatibilidad de las pensiones de jubilación con el ejercicio profesional de la abogacía, ex art. 16 de la Orden de Vejez de 1967, se contestó por esta Dirección General que el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo no es la norma de aplicación de la DA 37^a de la Ley 27/2011, ya que en la misma no se hace referencia a la misma “omisión que no parece justificable si se pretendiese abordar mediante dicha norma el mandato impuesto al Gobierno para presentar un proyecto de ley regulador de la compatibilidad entre la pensión y el trabajo” y consideró que la modalidad de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo regulado en el Capítulo I del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo “no afectaría al específico régimen de compatibilidad previsto para los profesionales colegiados que en el ejercicio de una actividad por cuenta propia, y al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, quedan exentos de la obligación de alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y opten o hubieran optado por incorporarse a una de las mutualidades de previsión social a las que la citada disposición legal posibilita su actuación como alternativas al alta en el expresado régimen especial”.

No obstante ello, una parte de la doctrina cree que ello no es así y que el RD-Ley 5/2013 sí afecta a esta situación, “hay que entender que el régimen de compatibilidad para aquellos profesionales que se hubieran dado de alta en el RETA... o hubieran mantenido el alta en dicho régimen y se hubieran incorporado también a la Mutualidad alternativa (de existir ésta) será el que establece ahora el RD-Ley 5/2013. Para los que hubieran optado por mantenerse incorporados a la Mutualidad o no se prevea obligación de darse de alta en el RETA, se mantendrá la compatibilidad absoluta en los términos previstos por la Ley 27/2011. En el primer supuesto, el profesional accederá a la pensión de jubilación en un régimen del sistema de Seguridad Social y, por tanto, quedará

⁴¹ Puede verse en: www.mupiti.com/pdf/legislacion/Com_DGOSS_21062013.pdf

comprendido en el campo de aplicación de la modalidad de compatibilidad que establece la norma de urgencia.”⁴². La polémica no cesa.

Y es normal que continúe ya que no parece muy normal que se mantenga este “privilegio” de compatibilidad absoluta e ilimitada de la pensión de jubilación al colectivo de profesionales que puedan incluirse en una mutua alternativa.

Es cierto que estos profesionales no pueden disfrutar, en caso de ejercer por cuenta propia y estar incluidos en el RETA, de la jubilación parcial, pero también que con el número de situaciones vigentes que permiten la compatibilidad, dicho “privilegio” parece fuera de lugar, anacrónico. De hecho, la DA 37^a de la Ley 27/2011 exige que el proyecto de Ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo garantice el relevo generacional “y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades”⁴³.

En esta igualdad de condiciones parece subyacer la idea de eliminar este “privilegio” porque en el momento actual, con tantos recortes operados en la protección social, es difícilmente entendible, y mucho menos defendible, el mantenimiento de un envejecimiento activo con una carga económica tan alta para el sistema como es esta situación. Como dice SEMA PENALVA, conviene analizar “si la intención del legislador es premiar a los jubilados que abandonen su actividad laboral para emprender como profesionales autónomos nuevos retos y por tanto, actividades empresariales diferentes a las que venían realizando antes de acceder a la condición de pensionistas, o si por el contrario, podría darse el caso en el que un sujeto, apoyándose en las genéricas previsiones del art. 213.4 LGSS [añado: o del art. 16 de la Orden de Vejez de 1967], pudiese compatibilizar lícitamente el percibo de una pensión de jubilación causada en el RETA, con el desarrollo una vez jubilado, de la misma actividad que venía desarrollando a lo largo de su vida activa, pero acogándose ahora a las exenciones de cotización que esta forma de compatibilidad permite, sin que esto conllevara reducción alguna del importe íntegro de la pensión de jubilación que le corresponde”⁴⁴.

En definitiva, no parece muy adecuado mantener esta situación actual en la

⁴² Vid. Sánchez-Urán Azaña, Y. “Trabajadores de edad avanzada: Jubilación y Trabajo. Cuestiones prácticas tras la reforma de 2013”, op.cit., p. 35.

⁴³ Vid. López Anierte, MC “Acercas de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia” op. cit.

⁴⁴ En “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, op. cit.

que un profesional colegiado en el RETA, se dé de baja o no en el mismo para obtener la pensión de jubilación, y una vez obtenida se integre en la Mutualidad de Previsión Social de su Colegio Profesional para compatibilizar la pensión con su trabajo habitual, que sigue manteniendo, a veces, sin solución de continuidad, y sin que la pensión se vea afectada en modo alguno.

Por ello, PANIZO ROBLES indica con vehemencia, que si el abogado hubiese optado por incorporarse al RETA y accede a la pensión de jubilación, “no podrá realizar otra actividad, salvo que se le suspenda el percibo de la pensión o, alternativamente, opte por el sistema de la “jubilación activa”, siempre que reúna los requisitos para ello”⁴⁵.

Con la interpretación que se viene haciendo a la legislación vigente por la propia Administración y los Tribunales, yo no lo tengo tan claro. Es posible siempre acudir a situaciones que bordeen la norma para acceder a la pensión. En la sentencia del TS que tiene origen este comentario, sala contencioso administrativo, 856/2016, de 2 de marzo de 2016, se discute un acto de encuadramiento que es requisito necesario para la acreditación del cese para el acceso a la pensión de jubilación. Pero, si el abogado, o el profesional colegiado con mutualidad alternativa, solicita la baja en el RETA y obtiene la pensión, podría en cualquier momento posterior, sin que necesariamente pudiera entenderse como fraude, continuar con el ejercicio de la abogacía bien por indicar que sus ingresos anuales son inferiores al SMI, bien por darse de alta en la Mutualidad alternativa.

Es imperativamente necesario que se cumpla la DA 37^a de la Ley 27/2011 y se dicte una Ley en la que se regule claramente esta situación. Siendo, a mi juicio, lo más oportuno la eliminación de esta compatibilidad, reconduciéndola a los supuestos generales de los artículos 213 a 215 LGSS, de modo que el profesional que continúe en el ejercicio activo de su profesión vea afectada también la cuantía de su pensión, eliminando tan antiguo “privilegio”.

⁴⁵ En “El Tribunal Supremo zanja la cuestión: no se puede percibir la pensión de jubilación en el RETA y mantenerse en el ejercicio profesional de la abogacía, con inclusión en la Mutualidad General de la Abogacía”, op. cit. p.15.