

LA JUBILACIÓN PARCIAL, FLEXIBLE Y ACTIVA COMO FÓRMULAS PARA EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO¹

FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

Fecha de recepción: 30/11/2018

Fecha de aceptación: 30/12/2018

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ENVEJECIMIENTO ACTIVO EN EDADES INFERIORES A LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN. 2.1. La jubilación parcial anticipada. 2.2 La jubilación flexible. 3. ENVEJECIMIENTO ACTIVO EN EDADES SUPERIORES A LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN. 3.1. La jubilación parcial diferida y la jubilación demorada. 3.2. La jubilación activa. 4. VALORACIÓN CRÍTICA SOBRE LAS MODALIDADES DE ENVEJECIMIENTO ACTIVO. 4.1. Modalidades principalmente por cuenta ajena. 4.2. Modalidades por cuenta propia. 5. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El presente trabajo analiza las tres figuras de jubilación que configuran jurídicamente el envejecimiento activo: la jubilación parcial (anticipada o diferida), la jubilación flexible o demorada y la jubilación activa. El envejecimiento activo se ha instaurado como el concepto principal sobre el que deben enfocarse los sistemas de pensiones; sin embargo, se trata de un constructo social, de difícil concreción jurídica por implicar un alto grado de indeterminación, dando lugar a situaciones problemáticas de coexistencia entre rentas del trabajo y rentas de sustitución.

.....

1 El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2016-78123-R sobre implicaciones procesales de la reforma del mercado de trabajo, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, e incluido en la Convocatoria 2016 del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientado a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

ABSTRACT: This paper analyzes the three forms of active ageing according to Social Security law: partial retirement (anticipated or deferred), flexible or delayed retirement and active retirement. Active ageing has been configured as the main concept on which pension systems should focus, but it is a social construct with a high degree of concreteness and indeterminacy, and this causes problematic situations of coexistence between replacement income and incomes of work.

PALABRAS CLAVE: Envejecimiento activo, jubilación parcial, jubilación flexible, jubilación activa.

KEYWORDS: Active aging, partial retirement, flexible retirement, active retirement.

1. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2019 se actualizarán numerosas disposiciones transitorias en materia de jubilación². Así, la edad ordinaria de jubilación pasará a los 65 años y 8 meses (en progresión hasta los 67 años en 2027), la base reguladora se obtendrá dividiendo 308 bases de cotización entre 264 meses inmediatamente anteriores al mes previo del hecho causante (hasta el incremento máximo previsto de 350 bases entre 300 meses), los años tomados para el cálculo serán 22 (hasta los 25 años en 2022) y será el último año en vigor del tramo de porcentajes aplicables del 0,21 por 100 para 163 meses y 0,19 por 100 las restantes 83 (debiendo transcurrir dos fases transitorias más, hasta alcanzar definitivamente el 0,19 por 100 los 248 primeros meses y 0,18 por 100 los 16 últimos meses, en 2027).

También, la regulación sobre jubilación parcial se actualizará, exigiéndose con 33 años de cotización una edad mínima de 62 años y 4 meses (hasta alcanzar los 65 en 2027), ó a los 61 años y 8 meses, siempre y cuando se acrediten 34 años y 9 meses de cotización (hasta los 63 años y 36 años y medio de cotización en el momento del hecho causante en 2027).

Igualmente, para el nuevo año 2019 debería entrar en vigor el “factor de sostenibilidad” calculado en función de la esperanza de vida durante sobre el quinquenio anterior, en este caso 2012-2017³, aplicable a la cuantía inicial de la pensión, en función de la evolución de la esperanza de vida en el momento en que se produzca la jubilación⁴. Sin embargo, con la aprobación de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, la Disp. Final 38ª ha pospuesto su entrada en vigor en fecha hasta el 1 enero 2023, previo acuerdo del Pacto de Toledo.

A pesar de todo ello, sin duda, el aparatado más llamativo a prestar atención es el epígrafe quinto de la Disp. Transitoria 4ª LGSS, por el que se extendía la normativa de jubilación previa a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y moder-

.....

2 Disposiciones transitorias séptima a décima de la Ley General de la Seguridad Social (RD Leg 8/2015, de 30 de octubre, en adelante, LGSS).

3 Disposición final única LGSS.

4 Un análisis crítico de la medida, en SUÁREZ CORUJO, B.: “El factor de sostenibilidad: ¿El caballo de troya del sistema público de pensiones?”, *Temas Laborales*, núm. 21, 2013, p.26-29. Sobre el encaje constitucional con el mandato del art. 50 de pensiones adecuadas y actualizadas, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., “El factor de sostenibilidad de las pensiones de jubilación y la garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014, p. 12 (LALEY 2684/2017).

nización del sistema de Seguridad Social (es decir, la resultante de la reforma 40/2007), a determinados supuestos de pensiones de jubilación causadas con anterioridad al del 1 enero 2019. En concreto, una edad ordinaria de jubilación de 65 años y una edad mínima de acceso a la jubilación anticipada a 61 años, en el momento de la solicitud. Dada la expiración del plazo transitorio previsto, es de prever la existencia de una bolsa de trabajadores integrantes de este colectivo que hayan aguardado hasta esta fecha en busca de disminuir los efectos de los coeficientes penalizadores y porcentajes aplicables, incluida la modalidad de jubilación parcial anticipada⁵.

Durante el nuevo curso, queda por ver también, si el Gobierno relanzará esta modalidad de jubilación a niveles pre-reformas ó impulsará su aplicabilidad en sectores productivos en los que tradicionalmente ha encajado con mayor arraigo. Sin duda, el envejecimiento activo viene regulándose mediante excepciones a la regla general de incompatibilidad entre pensión y trabajo, por la que tradicionalmente, el alta en el trabajo causaba la suspensión en la pensión⁶, en concreto, la Ley 27/2011, de 11 agosto, arriba citada y el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 marzo, a través de las jubilaciones parcial, flexible, activa y otras compatibilidades en trabajos marginales. El marco legal del envejecimiento activo queda entonces configurado en tres niveles:

En primer lugar, la jubilación parcial, a su vez, la primera posibilidad de compatibilizar pensión y trabajo surgida en el ordenamiento español de Seguridad Social. Esta modalidad de jubilación fue introducida por la Ley 32/1984, de 2 agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y desarrollada por el RD 1991/1984, de 31 octubre, por el que se regulan el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial.

Con posterioridad, sobre la institución jurídica operaron diversas reformas, primero con el RD-Ley 15/1998, de 27 noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, poco después con la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, y muy especialmente, las reformas operadas por Ley 35/2002 de 12 julio, para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible y la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Las modificaciones al actual art. 215 LGSS, art. 12.6 ET y RD 1131/2002, se han dirigido tanto a la versión anticipada como diferida de la prestación.



5 Jubilaciones con anterioridad al 1 abril 2013 previstas en convenios colectivos de o acuerdos colectivos de empresa y debidamente registrados en la entidad gestora. Con ello se pone punto y final a agravios comparativo entre jubilados parciales que no pudieron acogerse a esta figura.

6 La única excepción hasta la fecha era la jubilación parcial, y la prevista a los profesores universitarios eméritos, entendidos por estos, referencia entendida únicamente al sector público FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *La jubilación flexible en la práctica. Novedades Introducidas por la Ley 35/2002, de 12 julio*, Aranzadi, 2002, p. 84-85.

| 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 |
|--------|--------|--------|--------|--------|
| 10.867 | 15.740 | 20.928 | 27.809 | 28.982 |
| 6,24% | 9,05 % | 9,80% | 13,14% | 13,53% |
| 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 |
| 35.449 | 35.045 | 26.818 | 25.877 | 29.216 |
| 14,10% | 12,90% | 9,80% | 9,39% | 9,69% |
| 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
| 18.360 | 23.804 | 25.354 | 28.987 | 30.521 |
| 5,90% | 8,01% | 8,78% | 9,45% | 9,87% |

Tabla 1. Número de altas de jubilación del total del sistema (excluido SOVI)⁷

En segundo lugar, la jubilación flexible, introducida mediante la Ley 35/2002, de 12 julio, para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, y desarrollada por RD 1132/2002, de 31 de octubre, cuyo punto de encuentro respecto de la jubilación parcial, únicamente radica en la compatibilización parcial de trabajo y pensión y la reducción del importe de la pensión de jubilación. En esencia se puede resumir el objeto de esta modalidad de jubilación bajo la expresión del profesor Borrajo de “rentas sin tiempo libre, malo, pero tiempo libre sin rentas, peor⁸”. En términos cuantitativos, la acogida de la medida comenzó siendo escasa desde sus inicios⁹, en tanto que no ha alcanzado ni el millar de perceptores anuales, en gran medida, por el recurso a otras modalidades de jubilación, que han permitido adelantar edad y mantener una tasa de sustitución elevada, quedando configurada como una modalidad de categorías profesionales mejor posicionadas. Sin embargo, el total de altas por jubilación demorada, o sea, por acceso a la jubilación a una edad superior a la que resultase de aplicación, evolucionó incrementándose en una primera etapa, hasta alcanzar un punto de inflexión en 2013, momento en el cual se ha reducido a favor de la jubilación activa, como refleja la siguiente tabla¹⁰.

| 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| 12.455 | 16.363 | 16.941 | 16.979 | 18.002 | 21.202 | 14.877 | 13.561 | 13.522 | 13.218 |

Tabla 3. Altas de jubilación demorada en el total del sistema

7 Informe Económico-financiero. Presupuesto de la Seguridad Social 2018. Anexo p. 151, (en línea 29.XI.2018) http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/1470bfe5-65ee-4621-9c0d-29f06fb66d8e/Anexo_Infor_Econ_FinanDEF2018.pdf?MOD=AJPERES&CVID=

8 BORRAJO DACRUZ, E., “Envejecimiento de la sociedad y jubilación gradual y flexible”, *Actualidad laboral*, núm. 2, 2003, p. 406.

9 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *La jubilación flexible en la práctica*, cit. 2002, p. 34. También, sobre las altas en los últimos ejercicios, el Informe del Pacto de Toledo sobre la compatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación y la realización de una actividad, 2012, p. 8.

10 Informe Económico-financiero. Presupuesto de la Seguridad Social 2018...cit. p. 182.

En tercer lugar, la jubilación activa, creada por el RD-Ley 5/2013, el cual se publicó en atención al mandato de la DA 37ª Ley 27/2011 al Gobierno, para la presentación de un proyecto de ley que regulase la compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. La jubilación activa se configura como una opción a favor del trabajador que incluye en su ámbito de aplicación a trabajadores autónomos y de cuya cotización, art. 4 RD-Ley 5/2013, no se desprenden efectos sobre la futura pensión, a diferencia de la jubilación parcial¹¹, que es posible solo bajo acuerdo entre empresario y trabajador (art. 12.6 ET), y exclusiva para trabajadores por cuenta ajena, repercutiéndose sobre la cuantía final de la prestación

| | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
|--------------|-------|--------|--------|--------|--------|
| Total | 9.094 | 18.066 | 25.369 | 32.597 | 40.159 |
| RETA | 7.517 | 15.115 | 21.412 | 27.548 | 33.704 |
| OTROS | 1.577 | 2.951 | 3.957 | 5.049 | 6.455 |

Tabla 3. Evolución del número de jubilaciones activas desde su entrada en vigor¹²

En síntesis, puede apreciarse que el envejecimiento activo se trata de un concepto de difícil conceptualización, por la variedad de significados que puede adoptar, y por tanto, no resulta tarea fácil su regulación. Para ello, el legislador debe plantearse con claridad cuáles son las notas definitorias u objetivos del envejecimiento activo ¿Extender la vida laboral? ¿Equilibrar la sostenibilidad del sistema de pensiones?

No siempre desde el Derecho de la Seguridad Social se atinará a alcanzar ambos simultáneamente, pues en función de las posibilidades que otorgue la norma, el resultado variará por el grado de compatibilidad otorgado y de la cotización exigida en contrapartida¹³ y del mínimo de edad pensionable, el cuál pasará a basarse en parámetros como la estructura económica del país, la evolución de la producción y el consumo, y la incidencia de la demografía¹⁴. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el grado de flexibilidad de la pensión de jubilación y la prestación de trabajo, se determinará a nivel jurídico por cinco variables¹⁵: el carácter obligatorio o voluntario, el carácter diversificado de edades

.....

11 SELMA PENALVA, A., “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2013, págs. 65-87. La jubilación parcial se convierte en una opción para incrementar la cuantía de su pensión.

12 Informe Económico-financiero. Presupuesto de la Seguridad Social 2018...*cit.* p. 181.

13 GALA DURAN, C.: “Las medidas de fomento del envejecimiento activa y su posible impacto sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones”, *Relaciones Laborales*, (LALEY 6616/2015) p. 10 de 29.

14 LÓPEZ CUMBRE, L., “Jubilación flexible en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario 1, 2002, p. 86.

15 ALARCÓN CARACUEL, R.M., “El concepto de jubilación flexible”, *Temas Laborales*, núm. 66, 2002, p. 134.

de jubilación según la actividad, la disponibilidad de anticipo, la posibilidad de compatibilización con el desempeño de un puesto o actividad, y la reversibilidad de las medidas y sus consecuencias.

2. ENVEJECIMIENTO ACTIVO EN EDADES INFERIORES A LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN

2.1. La jubilación parcial anticipada

El clásico esquema de relación entre extinción contractual y derecho a la pensión de jubilación, hace tiempo que adquirió notable grado de complejidad al instrumentalizarse como política de empleo¹⁶. A inicios de la década del dos mil, la jubilación parcial experimentó una etapa de carácter expansivo. Las reformas de 2001 y 2002, potenciaron las condiciones de aplicación de la jubilación parcial, al permitirle con carácter diferido a la edad ordinaria y con relevistas que fueran contratados temporales de la propia empresa y no solo desempleados. Hasta ese momento, la jubilación parcial no había tenido el éxito esperado, bien por la rigidez de su régimen jurídico¹⁷, simultaneidad de contratos, y presunción de relación laboral indefinida del relevista¹⁸, o bien por razones prácticas de las empresas. El “*interés repentino*” por la jubilación parcial anticipada, no se debió a una utilización masiva coherente con la finalidad perseguida por esta institución jurídica¹⁹. Además, los incentivos aparecían centrados principalmente sobre el trabajador (priorizando por encima del empresario o la administración) y del trabajador relevado (en la mayor parte de los casos, el contrato de duración temporal no se convertía en indefinido y, en caso de hacerlo daba lugar a bonificaciones²⁰).



16 MONTOYA MELGAR, A., y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. extraordinario 1, 2002, p. 19-20.

17 La mayoría de la doctrina entiende la exclusión de los trabajadores temporales, pero dados todos los requisitos, sería difícil argumentar la negativa, en LÓPEZ BALAGUER, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo. Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en material de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 55.

18 Las SSTs de 12 abril 2011 (rec. 1872/2010), 13 junio 2011 (rec. 89/2011) y 21 noviembre 2011 (rec. 570/2011) deniegan el derecho a pensión de jubilación parcial anticipada a un trabajador fijo discontinuo cuya contratación se repite en fechas ciertas, pero no a tiempo completo, por entender, que esta modalidad contractual es equivalente a contrato a tiempo parcial por art. 12.3 ET, el cual está excluido de las previsiones legales de jubilación parcial. No obstante, la STSJ Islas Baleares, núm. 338/2012, de 31 mayo, (rec. 83/2012) sí reconoce el derecho de acceso a jubilación parcial anticipada a un trabajador fijo discontinuo cuya actividad no se repite en fechas ciertas, a diferencia del anterior, por estar referenciado en el art. 15.8 ET, y por ende, salvo pacto en contrario, presumido a tiempo completo. En la misma línea, STSJ Castilla y León, Valladolid, núm. 1427/2016 de 12 septiembre (rec. 1119/2016).

19 PAREDES RODRÍGUEZ, J.M., *La jubilación parcial en el sistema español de Seguridad Social*, CES, 2009, p. 66.

20 DESDENTADO BONETE, A., y DURÁN HERAS, A., “Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario 1, 2002, p.54.

La reforma de 2011 evidenció la ruptura de la tendencia anterior de promover el envejecimiento activo y su reemplazo por criterios economicistas en pro de la sostenibilidad y viabilidad del sistema de pensiones español²¹. En 2013 se intentó alejar la conexión entre jubilación parcial como jubilación anticipada²², dando lugar indirectamente a la consideración de esta modalidad de jubilación como medio de transmisión generacional de conocimientos y experiencias²³, paradójicamente su objetivo inicial. A pesar de este cierre de puertas al anticipo parcial del retiro, la Disp. Final 3ª LGSS ha dejado entreabierto una minúscula ventana, al facultar al Ministerio de Empleo la rebaja en la edad de jubilación parcial, según art. 215 LGSS, como medida de fomento de empleo, pero siempre que estas medidas conduzcan al reemplazo de jubilados por trabajadores en situación de desempleados.

No obstante, el cambio de actitud del legislador no se manifestó de forma repentina o improvisada, al contrario, debe apuntarse como momento de inflexión la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. La reforma puso fin a la jubilación parcial anticipada como puente con el que sortear la penalización por anticipada a trabajadores que carecían de la condición de cotizantes no mutualistas²⁴.

Esta tendencia restrictiva se aceleró, a su vez, por la Disp. Transitoria 2ª RD-Ley 8/2010 de 20 de mayo, que implantó directamente las modificaciones, dejando sin efecto la transitoriedad en ese aumento de edad de la jubilación parcial anticipada, recogido en la Disp. Transitoria 17ª LGSS-1994, con las consecuencias peyorativas que dicha celeridad implicó sobre expectativas de derecho²⁵ o derechos adquiridos²⁶ en expedientes de regulación de empleo o convenios colectivos y acuerdos colectivos de empresa²⁷ suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2012²⁸.



21 FERRANDO GARCÍA, F., “La jubilación parcial”, en GARCÍA ROMERO, B. Y LÓPEZ ANIORTE, M.C., La reforma de la pensión de jubilación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 244.

22 TORTUERO PLAZA, J.L., *La reforma de la jubilación. Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 agosto, sobre Actualización y Modernización del Sistema de la Seguridad Social*, Aranzadi Thompson Reuters, Pamplona, 2012, p. 112.

23 PANIZO ROBLES, J.A., “Las nuevas reglas de acceso a la jubilación: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo”, *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 361, 2013, p. 79.

24 LÓPEZ GANDÍA, J. Y TOSCANI GIMÉNEZ, D., La reforma de la jubilación. Comentarios a la Ley 27/2011, de 1 agosto, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 107.

25 Únicamente se respetó para quienes fueron mutualistas antes del 1 de enero de 1967 corresponde la aplicación del art. 166.2 a) LGSS-1994. De otro lado, no caben los planes o acuerdos que solo reúnan como requisito el compromiso empresarial de estudiar a petición de los trabajadores con el Comité de empresa las propuestas que se le presenten sobre contratos de relevo y jubilación gradual y flexible, sin obligarse la empresa a conceder a sus trabajadores el acceso a la jubilación parcial, SSTs de 22 de septiembre de 2015, 16 de abril de 2013 y 19 de junio de 2013 (rec. 1419/2015 y 580/2013, y rec.102/2012), pero sí son válidos, los planes o acuerdos que hayan sido efectivamente registrados por el INSS, según STS País Vasco de 26 junio de 2018 (rec. 1250/2018).

26 A favor STSJ Cataluña de 4 septiembre de 2015 (rec. 1607/2015), en contra STSJ País Vasco de 27 mayo de 2014 (rec. 798/2014).

27 STS de 25 febrero 2013 (rec. 560/2012) no reconoce el derecho a pensión de jubilación anticipada al acuerdo recogido en un convenio colectivo sectorial, y no en convenio o acuerdo de empresa, al que literalmente se refiere la Disp. Transitoria 2ª RD-Ley 8/2010.

28 STS de 17 julio de 2018 (rec. 2387/2016) “no estamos en presencia de una *res dubia* que pueda ser resuelta acudiendo a la respetada interpretación *pro beneficiario* (...) Si la voluntad del legislador hubiera sido ampliar el período temporal durante el que podría excepcionalmente alcanzarse la jubilación parcial referida a los sesenta años, lo hubiera explicitado con claridad en cualquiera de las normas posteriores”.

La actual jubilación parcial anticipada es fruto de modificaciones en sus dos componentes esenciales, la pensión y el contrato de relevo.

Respecto a la suscripción del contrato de relevo, este debe concertarse siempre por el tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad ordinaria de jubilación y por una jornada de duración igual o superior a la reducción de la jornada acordada con el trabajador sustituido. Las reformas han actuado sobre la duración, jornada e identidad de funciones entre trabajos. La jornada del relevista puede concentrarse en los meses siguientes a la suscripción del contrato de relevo, permaneciendo en alta durante el restante tiempo hasta la jubilación del relevado, sin que por ello el cese tenga la consideración de despido improcedente, ni la jubilación parcial se convierta en total anticipada²⁹.

La DF 1ª Ley 27/2011, flexibilizó la exigencia de que el trabajador sustituto realizase las mismas tareas que el trabajador sustituido³⁰, al exigir al relevista una correspondencia entre sus bases de cotización y la pensión del jubilado (no de la base de cotización del trabajador sustituido antes de que accediese a la jubilación parcial), de al menos el 65 por 100 del promedio de las bases de cotización correspondientes a los 6 últimos meses computados a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación parcial, requisito de finalidad loable, pero susceptible incluso de supresión en sí mismo³¹.

En caso de sustitución del relevista, por causar excedencia, el contrato del segundo relevista podrá tomar forma de interinidad, dada su dependencia al reingreso en la empresa del primer relevista, siempre que se produzca antes de la edad de jubilación ordinaria del trabajador relevado, “*la interinidad modula la duración del segundo contrato del relevista sustituto, pero no desvirtúa la naturaleza del contrato de relevo en cuanto a su objeto y finalidad*”³².

Respecto a la dinámica de la pensión de jubilación, la Ley 40/007 sentó como antecedente el incremento de todos los requisitos de acceso, además de la edad, un periodo de cotización de 15 a 30 años y el aumento del intervalo máximo de reducción de jornada, estando referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, de un 25-75 por 100, a 25-85 por 100, para los supuestos en que el trabajador relevista fuese contratado a jornada completa y contrato indefinido.

Al mismo tiempo exigió un nuevo requisito de antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. Este singular requisito de antigüedad o presunción de fraude³³, debe ser interpretado como la equivalencia a “a

.....

29 STS de 19 enero de 2015 (rec. 627/2014) Quedan exceptuados los supuestos de extinción de contrato por despido colectivo (STS de 29 mayo de 2008, rec. 1900/2007), o por causas objetivas basadas en motivos económicos, organizativos, técnicos o productivos (STS de 22 septiembre de 2010, rec. 4166/2009)

30 STS de 26 diciembre de 2011 (rec. 4268/2010)

31 PAREDES RODRÍGUEZ, J.M., *La jubilación parcial en el sistema español de Seguridad Social*, CES, 2009, p. 132.

32 SSTs de 4 diciembre de 2010 (rec. 4508/09) y 7 de diciembre de 2010 (rec. 77/2010)

33 LÓPEZ GANDÍA, J., *La nueva regulación de la jubilación parcial tras la reforma del 2007*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 33.

la vinculación o prestación de servicios ininterrumpida durante los seis años precedentes³⁴, con abstracción del régimen de Seguridad Social encargado de satisfacer la prestación, de modo que, cabría el reconocimiento de pensión de jubilación parcial a trabajadores afiliados al RGSS que en el momento del hecho causante, pero con mayor número de cotizaciones en el RETA³⁵, o a los administradores societarios que hayan permanecido al menos 6 años de alta en el RGSS, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena³⁶, o incluso el servicio prestados a la administración empleadora en régimen funcionarial, no limitándose la interpretación exclusivamente al período de actividad en régimen laboral, sino computando la antigüedad acreditada en la empresa anterior conforme art. 44 ET³⁷.

La Ley 27/2011 suprimió del contrato de relevo el requisito de identidad entre los puestos de trabajo de relevista y relevado, y aumentó la cotización del relevista por la base de cotización que hubiese correspondido de seguir trabajando a jornada completa. El requisito de edad continuó en 61 años y el periodo de cotización de 30 años, excluyendo la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias. Estos cambios situaron la edad de jubilación parcial anticipada en un escalón distinto a la de jubilación anticipada de la época, a la que solo se podía acceder a los 63 años y acreditando un periodo previo de cotización de 33 años.

La segunda modificación reciente, operada por el RD-Ley 5/2013 corrigió esta disparidad de edades entre jubilación parcial y anticipada abierta por la anterior reforma de 2011³⁸, equiparando la edad respecto a la jubilación anticipada a tiempo completo por voluntad del trabajador, de 61 años a 63 años para carreras de cotización de 36 años y 6 meses, o directamente 65 años, a excepción de los trabajadores que conservasen la condición de mutualistas³⁹. Sin embargo, el aumento del periodo de cotización de 30 a 33 años no guardó nuevamente relación con la figura análoga de jubilación anticipada a tiempo completo de carácter voluntario, cuyo periodo de cotización se ha elevado hasta 35 años. La novedad se contuvo en cuanto a la reducción para los trabajadores discapacitados o con trastorno mental, que deberán acreditar una carencia mínima de 25 años.

También, se modificaron los porcentajes de reducción de jornada, con carácter general fijados entre 50 por 100 ó 75 por 100 cuando el trabajador relevista fuese contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida⁴⁰, pero en este caso, bajo obligación empresarial de mantener el puesto de trabajo durante 2 años a partir del momento de la edad ordinaria de jubilación del trabajador sustituido. Además, el art. 12.7.b) ET ha

.....

34 STS de 25 marzo de 2013 (rec. 1775/2012)

35 STS de 20 enero de 2009 (rec. 4605/2005)

36 STSJ Navarra, de 17 abril 2018 (rec. 80/2018)

37 STS de 25 marzo de 2013 (rec. 1775/2002)

38 DEL VALLE LA JOZ, J.I., "Novedades en la regulación de la jubilación parcial", AA.VV.: *La reforma de la Seguridad Social de 2011*, LexNova, Valladolid, 2011, p.198.

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

40 FERRANDO GARCÍA, F., "La jubilación parcial"...*cit.* p. 243.

previsto que el contrato de relevo, se extinga al finalizar el período correspondiente al año en que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

Esta peculiaridad en la contratación “*de efectos indefinidos pero inscritos en ámbito temporal acotado*”, más que una garantía frente a la amortización de puestos o fomento de la contratación, parece tratarse de una compensación a la reducción del tiempo de trabajo del jubilado parcial, mediante el mantenimiento de las cotizaciones de ambos trabajadores, función que difícilmente logra casar los objetivos de rejuvenecimiento de plantilla y envejecimiento activo⁴¹.

En cualquier caso, la extinción prematura del contrato de relevo obliga al empresario a la concertación de un nuevo contrato en términos similares al extinguido, por el tiempo restante, o de lo contrario deberá hacer frente reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial, Disp. Final 1ª Ley 27/2011 y arts. 7 y 9 RDL 5/2013. Con todo, el requisito del contrato de relevo, dada la flexibilidad de la institución parece que ha quedado como efecto testimonial en respuesta a una justificación del exceso del gasto colectivo⁴².

En el supuesto inverso, de salida del jubilado parcial en la empresa, si bien es cierto que la regla general es la extinción de la jubilación parcial por extinción del contrato a tiempo parcial⁴³, art. 16 d) RD 1131/2002, también lo es que pensión y prestación por desempleo resultarán compatibles, en cuyo caso la extinción de la jubilación parcial se producirá en la fecha de extinción del subsidio, salvo que la solicitud se produjese tiempo después de cualquier prestación efectiva de servicios por haber compactado el total jornadas minoradas⁴⁴, incluso no se entenderá como causa de extinción de la pensión de jubilación parcial, cuando el contrato inicial sea reemplazado por otro de la similar naturaleza y jornada, aun con una empresa diferente⁴⁵.

2.2. La pensión de jubilación flexible

La jubilación flexible permite el envejecimiento activo desde otro extremo, al romper la regla general de incompatibilidad entre jubilación y trabajo una vez causada y lucrada la

.....

41 CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., y VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo”, *Relaciones Laborales*, (LALEY 2112/2013) p. 22 de 27.

42 CALVO GALLEGU, F.J., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2002, p. 50.

43 STS de 22 enero de 2013 (rec. 1998/2012) el despido colectivo de la totalidad de la plantilla, incluida la extinción del contrato del jubilado parcial, es equiparable a un despido improcedente por lo que no se produciría la extinción de la pensión de jubilación parcial, manteniendo el derecho a su disfrute hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada.

44 STSJ Cataluña de 1 junio de 2018 (rec. 1792/2018) no es posible accionar rentas de sustitución si el trabajo hacía más de dos años que se había prestado y además el trabajador se encontraba afectado por un expediente temporal de suspensión de empleo.

45 STS de 27 marzo de 2013 (rec. 2297/2012).

prestación⁴⁶. La Ley 35/2002 introdujo un segundo párrafo al entonces art. 165.1 LGSS (1994), permitiendo a un trabajador con pensión de jubilación, volver a reincorporarse al mercado laboral para realizar un trabajo parcial por cuenta ajena, a diferencia de la jubilación parcial, que solo se puede acceder sin haber causado el derecho a la pensión de jubilación, y siempre que se cumplan los demás requisitos legales. Conforme al actual art. 12.6 ET y art. 5 RD 1132/2002, los trabajadores al reducir la jornada entre un 25 y un 50 por 100, minoran la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a un trabajador a tiempo completo comparable, es decir, la jornada de trabajo del jubilado oscila entre el 50 y 75 por 100 de la jornada de referencia a tiempo completo. Fuera de ese intervalo la compatibilidad es inexistente y por tanto comporta el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas, a la sazón, no en la cuantía del porcentaje de jornada realmente realizado, sino del 25 por 100, por constituir el mínimo de derecho absoluto de la jornada establecida al efecto⁴⁷. Para el trabajador, el recurso a esta jubilación no estará motivada tanto por la reducción de carga de trabajo, sino por el cómputo ventajoso de las nuevas cotizaciones de cara a la base reguladora. Una vieja aspiración social contenida en el art. 8.2 RD 1132/2002⁴⁸.

En concreto, el recálculo afecta a la base reguladora y al porcentaje aplicable a la misma en función del nuevo período de cotización acreditado, y quedando siempre garantizado el importe inicial de la pensión (incluidas las revalorizaciones habidas), en caso de que el resultado de la nueva base implicase una reducción del importe de la pensión⁴⁹. No cabe olvidar que se trata de un trabajo a tiempo parcial, por lo que la incidencia de mejora es reducida⁵⁰.

Además, la prolongación de la vida activa en el trabajo cuando se alcanza la edad ordinaria de jubilación o por reincorporación desde la jubilación completa a la actividad laboral, conforme al art. 8.2 RD 1132/2002, pueden suponer una disminución del coeficiente reductor que se hubiese aplicado en el momento inicial de causar derecho a la pensión de acuerdo con lo dispuesto para las jubilaciones anticipadas⁵¹. Por ello, la comunicación de actividades a la Entidad gestora es primordial en estos tipos de jubilación. Con carácter previo, para comunicar el inicio de la nueva actividad a tiempo parcial. De lo contrario,

.....

46 RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Jubilación flexible", en AA.VV., *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"*, Civitas, Madrid, 2009, p. 816, aboga por considerarla como una modalidad de jubilación parcial.

47 STSJ Cataluña de 1 junio de 2018 (rec. 971/2018).

48 GARCIA NINET, J.I., "Jubilación parcial y 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*, núm. 147, 2003, p. 14.

49 Esta regulación contrasta con el art. 16.2 Orden de 18 de enero de 1967, por el cual, la base reguladora inicial se mantenía con independencia de las nuevas cotizaciones, una vez reanudada la pensión de jubilación.

50 DEL REY GUANTER, S., y GALA DURÁN, C., "La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 158.

51 STSJ Cataluña de 26 de julio de 2011 (rec. 3488/2010).

entrarían en juego el art. 55 LGSS de cobro indebido y reintegro de lo indebidamente percibido, y las sanciones recogidas por el art. 25 LISOS. Con carácter posterior, para activar la mejora, pues esta solo surte efectos una vez efectuado de nuevo el cese en el trabajo.

3. ENVEJECIMIENTO ACTIVO EN EDADES SUPERIORES A LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN

3.1. La jubilación parcial diferida y la jubilación demorada

La jubilación parcial diferida o posterior a la edad ordinaria de jubilación, a diferencia de la modalidad anticipada, ofrece al sistema de Seguridad Social un ahorro en el coste de las pensiones, a la vez que asegura la continuidad de ingreso de cotizaciones, a través de la prolongación de la vida activa en la continuidad de la relación laboral previa, al contar el trabajador ya con la edad ordinaria de jubilación en el momento de cese⁵². La reforma del régimen jurídico de la jubilación llevada a cabo por la Ley 27/2011 afectó indirectamente a la jubilación parcial diferida, al igual que sucedió con la reforma de 2007, esta modalidad de jubilación parcial no se ha visto especialmente afectada en cuanto a dinámica de la prestación y contrato de relevo⁵³:

Sobre el contrato de relevo de los trabajadores que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación y que reúnan los demás requisitos, el art. 215.1 LGSS, en el sentido dado por la reforma de 2013, se basta con una de reducción de jornada entre 25 por 100 y 50 por 100.

Sobre la dinámica de la prestación, el art. 215.1 LGSS, se adapta a la nueva edad ordinaria de retiro del art. 205.1 a) LGSS⁵⁴ de 67 años ó 65 años con 38 años y 6 meses de cotización acreditados, de aplicación progresiva según la DA 22ª LGSS que remite a la nueva DT 20ª de la misma norma. No se contempla a este respecto excepción alguna, de manera que la edad establecida en el art. 205.1 a) LGSS también será aplicable a quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 enero de 1967 pese a que este colectivo, como dispone el art. 5.2 Ley 27/2012, puede acceder a la jubilación anticipada a partir de los 65 años. Para el recálculo de la pensión del jubilado parcial, el último párrafo del art. 210.2 LGSS, excluye expresamente a los jubilados parciales⁵⁵, a partir de los 65, del incremento de un porcen-

52 FERRANDO GARCÍA, F., “La jubilación parcial”...*cit.* 264.

53 CAVAS MARTÍNEZ, F., “Cambios en la pensión de jubilación tras la Ley 2/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, 2008, núm. 2, p. 16.

54 DEL VALLE DE JOZ, J.I., “Novedades en la regulación de la jubilación parcial”...*cit.* p. 219.

55 STS de 15 diciembre de 2011 (rec. 1765/2011).

taje adicional del 2 por 100 si se han acreditado al menos 25 años cotizados al cumplir la edad ordinaria, entre 25 y 37 años cotizados, el porcentaje a aplicar es del 2,75 por 100, y para más de 37 años, un incremento del 4 por 100.

Las cotizaciones efectuadas durante la prestación de servicios a tiempo parcial, en caso de sumar todas ellas el tiempo de uno o más años, cabría computarlas a estos efectos, calculando el tiempo de cotización según el RD 1131/2002⁵⁶, sin perder de vista que conforme al art. 18.2 de dicha norma reglamentaria, que para el cálculo de la base reguladora de la pensión toma en cuenta las bases de cotización correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde redujo su jornada y salario, incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido de haber realizado en la empresa, en dicho período, el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial, y siempre que la misma se hubiese simultaneado con un contrato de relevo⁵⁷. Tampoco se considerará a efectos de porcentajes, como período cotizado a tiempo completo, el período de tiempo cotizado que medie entre la jubilación parcial y la jubilación ordinaria o anticipada, a no ser que se hubiese simultaneado la jubilación parcial con un contrato de relevo, y se hubiera realizado en la empresa el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial.

3.2. La jubilación activa

El modelo de envejecimiento activo previsto por el RD-Ley 5/2013 ha ampliado la compatibilidad de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva con el ejercicio de cualquier trabajo por cuenta propia o cuenta ajena y se realice a tiempo parcial o completo⁵⁸, siempre que se trate de pensionistas de edad como mínimo en la edad ordinaria de jubilación exigida, y cuya pensión alcance el 100 por 100 de la base reguladora, debiendo concurrir ambos criterios simultáneamente⁵⁹. No obstante, tras la intervención de la Disp. Final 5ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajador Autó-

56 SSTS de 21 de marzo de 2011 (rec. 2396/2010) y 15 de diciembre de 2011 (rec. 1765/2011).

57 Esta forma de cálculo de la base reguladora se mantiene aunque la empresa hubiera incumplido la obligación de sustituir al trabajador. Al respecto la STS de 15 julio de 2010 (rec. 2784/2009) declaró que el art. 18 RD 1131/2002 no puede interpretarse en un sentido restrictivo que haga caer sobre el trabajador las consecuencias del incumplimiento empresarial, en conexión con la STS 22 septiembre 2006, que entendió que las posibles irregularidades de la contratación entre la empresa y el sustituto podrán originar los perjuicios correspondientes para ambas partes contratantes, pero no se proyectan a la jubilación anticipada del trabajador sustituido, salvo el caso de que se alegue y pruebe su participación en tales irregularidades”.

58 La Disp. Final 17ª Ley 3/2017, de 27 de junio, de PGE para 2017 y sucesivamente la Disp. Adicional 126ª Ley 6/2018 de 3 de Julio, de PGE 2018, han retrasado hasta el 1 enero 2019 la entrada en vigor del trabajo por cuenta propia a tiempo parcial, previstos en los arts. 1.1, 24, y 25.4 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

59 En relación a la progresividad de la Disposición transitoria vigésima de la LGSS hasta el año 2027.

nomo, se autoriza el percibo del 100 por 100 de la base reguladora, cuando el autónomo tenga contratado a su cargo, al menos a un trabajador por cuenta ajena.

Esta modalidad de jubilación, o dicho con mayor rigor, de compatibilidad, resulta novedosa en tanto que permite el inicio de una nueva actividad como de mantener la relación laboral que tenía con su empresa, sin cese del trabajador⁶⁰, ni suspensión de la pensión, únicamente una reducción en la cuantía⁶¹.

En concreto, la cuantía de la pensión de jubilación activa será fija, independientemente del grado de parcialidad o no de la jornada laboral, y equivaldrá al 50 por 100 del importe inicial de la pensión. Durante el percibo de la prestación, se revalorizará en su integridad en los términos que corresponda, recibiendo el trabajador la mitad del importe de la pensión revalorizada acumulada, según art. 3.1 RD-Ley 5/13. Sin embargo, el complemento a mínimos, ni computará en la división de la pensión inicial, ni computarán los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con el trabajo. La Entidad gestora, toda vez que tenga noticia de la extinción de la relación laboral por cuenta ajena o del cese en la actividad por cuenta propia, restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación.

A modo de garantía, la DA 1ª RD-Ley 5/2013, trasladada al apartado 6 del art. 214 LGSS, limita las decisiones extintivas improcedentes previas a los 6 meses anteriores al inicio de la compatibilidad, siempre y cuando se trate de trabajos encuadrados dentro del mismo grupo profesional. Además, la empresa debe mantener durante todo el periodo de contrato de trabajo del pensionista, el nivel de empleo existente en la misma antes de su inicio, tomando como variables de referencia, el promedio diario de trabajadores de alta en la empresa en el periodo de los 90 días anteriores a la compatibilidad.

4. VALORACIÓN CRÍTICA SOBRE LAS MODALIDADES DE ENVEJECIMIENTO ACTIVO

4.1. Modalidades principalmente por cuenta ajena

En primer lugar, sobre el requisito de la edad, la diferencia entre jubilación flexible y jubilación activa es sonante. Mientras que a la jubilación flexible se causa desde cualquier

60 MERCADER UGUINA, J.R., “¿Puede producirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo sin cesar el trabajador en su actividad?: El RD-LEY 5/2013 y el valor interpretativo del oficio de Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 octubre de 2013”, *Revista de información Laboral*, núm. 1, 2014, p. 249.

61 RODRÍGUEZ PIÑERO, M., Y VALDÉS DAL-RE, F., Y CASAS BAAMONDE, M.E., “La nueva regulación de la jubilación en el RD-LEY 5/2013, de 15 marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2013, p. 10.

situación de jubilación previa, pues la norma solo exige haber accedido a la pensión sin mencionar de la edad⁶², la jubilación activa no tiene lugar si se proviene desde jubilaciones anticipadas, sea la causa imputable o no al trabajador, sino únicamente reuniendo el requisito de edad máxima del art. 205.1.a) LGSS, entre los 67 años de edad y los 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización. Tampoco en jubilaciones con edades inferiores a la ordinaria por actividades penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres⁶³. En cualquier caso, el límite de edad mínima para comenzar a compatibilizar trabajo y pensión, será el previsto para la jubilación parcial, de 63 años y una cotización efectiva de 36 años y medio, ó 63 años y 33 años de cotización, mediante la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la voluntad del trabajador.

En segundo lugar, respecto al periodo de carencia, el carácter sobrevenido de la jubilación flexible provoca que el tiempo de cotización exigido sea el propio de la modalidad de jubilación inicial con que se causó pensión, es decir, con carácter anticipada hasta 35 ó 33 años de cotización, respectivamente según la voluntariedad o no de la causa de jubilación, y con carácter ordinario, de hasta 35 años cotizados ó 38 años y medio, previo y posterior a la reforma de 2011.

En cambio, la jubilación activa únicamente es causada tras completar el 100 por 100 de la base reguladora correspondiente, un requisito gravoso y una cuestión controvertida tanto a nivel de doctrina *iustlaboralista* (abogando por una rebaja de los requisitos⁶⁴) como a nivel de jurisprudencia. La STS núm. 449/2017, de 30 mayo (rec. 2268/2015) descartó la posibilidad de alcanzar dicho porcentaje con las cotizaciones efectuadas en los trabajos posteriores⁶⁵. Del mismo tenor, la STS núm. 48/2018, de 24 enero ha descartado esta posibilidad al reseñar además la imposibilidad material de adicionar las nuevas cotizaciones, por tratarse de cuotas de menor cuantía, en efecto, únicamente en concepto de incapacidad temporal y contingencias profesionales, y consiguientemente supondría discriminar favorablemente a quienes cotizan menos, objeto carente de justificación y contrario al espíritu de la norma. En cualquier caso, de la jubilación flexible y activa quedan excluidas la parte proporcional de las pagas extraordinarias, incluidas las mejoras en la cotización con

62 GALA DURAN, C.: “Las medidas de fomento del envejecimiento activa y su posible impacto sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. Extraordinario 2, 2015 (LALEY 6616/2015) p. 6 de 29, Incluida la jubilación bonificada y la postergada más allá de la edad ordinaria, y el momento en que se decide optar por esta fórmula (pudiendo solaparse incluso el momento de la jubilación total y el pase a la jubilación flexible)-

63 SELMA PENALVA, A., “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2013, págs. 65-87.

64 GALA DURAN, C.: “Las medidas de fomento del envejecimiento activa...” *cit.* p. 17 de 29.

65 La sentencia confunde cotizaciones realizadas con posterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación por mantenimiento de la actividad más allá de esta, con cotizaciones de IT y contingencias profesionales y cuota de solidaridad, posteriores al hecho mismo de la jubilación, en CAVAS MARTÍNEZ, F., “Requisitos de acceso a la pensión de jubilación activa. Comentario a la STS Social, de 30 de mayo de 2017, rcud. 2268/2015”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 13, 2017, p.187-188.

65 años o más del art. 311 LGSS, con la salvedad hecha respecto de los periodos asimilados a cotización, dada la omisión a la cotización efectiva⁶⁶.

En tercer lugar, respecto a los ámbitos subjetivos, junto a los trabajadores por cuenta ajena, también los trabajadores por cuenta propia pueden causar pensión de jubilación activa, situación que no se daría en la jubilado flexible que pretendiese causar alta parcial en el RETA, pues ni el art. 12 ET es de aplicación a trabajadores por cuenta propia, ni cabe el alta a tiempo parcial en este régimen de Seguridad Social⁶⁷.

Quedarían excluidos de la jubilación flexible, los trabajadores del Régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, el Régimen especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y el Régimen especial de la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia⁶⁸, conforme a la Disposición Adicional 1ª RD 1132/2002.

Asimismo, el régimen de incompatibilidades del art. 5.2 RD 1132/2002 y art. 213.2 LGSS, hacen remisión a la incompatibilidad para el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público⁶⁹ y desempeño de altos cargos⁷⁰. Esta inadecuación se predica igualmente para el cargo de alcalde⁷¹ y para el puesto de notario, a pesar de su inclusión a efectos de Seguridad Social en el RETA⁷².

Respecto de la jubilación activa, también se excluye el desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público por parte de sus titulares, art. 33 RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado (LCPE), y los funcionarios del Régimen de Clases Pasivas del Estado que hasta la fecha estaban regidos por su propia normativa, más beneficiosa⁷³.

Mención especial requieren los socios trabajadores de cooperativas que hayan optado por el aseguramiento como trabajadores por cuenta ajena. El art. 215.5 LGSS⁷⁴ les reconoce el derecho a jubilación parcial cuando la cooperativa concierte con un socio de duración determinada de la misma o con un desempleado, la realización en calidad de socio

66 MUÑOZ RUIZ, A.B., “Reglas de incompatibilidad y compatibilidad de la pensión de jubilación o retiro en el régimen especial de funcionarios públicos”, en MERCADER UGUINA, J.R., Y ARAGÓN GÓMEZ, C., *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, LexNova, Valladolid, 2013, p. 222.

67 CEA AYALA, A., “Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. Breve referencia a la jubilación flexible”, *Actualidad Laboral*, 2014, núm. 2, 2014 (LALEY 138/2014), p. 9 de 13, en referencia a la STSJ Cataluña de 3 de enero de 2006, (rec. 9220/2004).

68 STSJ Cataluña de 3 enero 2006 (rec. 9220/2004).

69 STSJ Cataluña de 8 enero de 2018 (rec. 5674/2017). La incompatibilidad de la pensión de jubilación flexible por actividad laboral en sector público como profesor asociado, según art. 1.1 Ley 53/1984.

70 STS Andalucía, Sevilla de 1 febrero de 2018 (rec. 575/2017). Los servicios prestados para el Senado y la Junta de Andalucía, tales servicios no pueden ser considerados como constitutivos de una relación laboral. También STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2016.

71 STSJ Cataluña 18 diciembre de 2013 (rec. 2932/2013).

72 STSJ Andalucía, Málaga de 11 junio de 2015 (rec. 578/2015).

73 La Disp. Adicional 2ª RD-Ley 5/2013 modificó el art. 33 LCPE. No obstante, este régimen se encuentra en la actualidad en fase de extinción progresiva conforme al RD-Ley 13/2010, de 1 de enero de 2011.

74 Anterior Disposición Adicional 64ª LGSS de 1994.

trabajador o de socio de trabajo, de la jornada dejada vacante por el socio que se jubila parcialmente, con las mismas condiciones establecidas para la celebración de un contrato de relevo en el artículo 12.7 ET. La medida favorece la renovación intergeneracional de la cooperativa y evita el cierre o descapitalización de la cooperativa por jubilación de sus socios trabajadores en atención al reembolso de las correspondientes aportaciones obligatorias.

En cuarto lugar, respecto a la cotización por el trabajo prestado en calidad de pensionista, la jubilación activa prevé una situación más “económica” respecto a la jubilación flexible. El silencio del RD 1132/2002 conduce a la jubilación flexible a una cotización similar a la de un trabajador a tiempo parcial. Sin embargo, el RD-Ley 5/2013 contempla para la jubilación activa únicamente la cotización de empresarios y trabajadores por incapacidad temporal y por contingencias profesionales respecto de la nueva actividad. Para el supuesto de trabajadores por cuenta propia es obligatoria la cobertura de las contingencias profesionales, que a excepción de los TRADE, no todos los trabajadores autónomos la presentan cubierta, y para los trabajos por cuenta ajena, se introduce una “cotización especial de solidaridad” de 6 puntos porcentuales a cargo del empresario y 2 a cargo del trabajador, pero que en ningún caso es tenida en cuenta para el cálculo. Más gravosa se presenta la cotización para el jubilado parcial y el contratado de relevo, debiendo ser íntegra en ambos casos (art. 215.2 g LGSS y la Disp. Transitoria 22.2 RD-Ley 5/2013), medida que fulmina la consideración de la jubilación parcial como iniciativa de fomento de empleo, a pesar de que ya venía excluido de las reducciones a la cotización⁷⁵.

En quinto lugar, precisamente sobre la cuantía de la prestación se aprecian las mayores diferencias entre el RD-Ley 5/2013 y el RD 1132/2002. A pesar de no coincidir en sus ámbitos aplicativos, sí son susceptibles de zonas de fricción, como sería el caso un beneficiario de pensión ordinaria de jubilación al 100 por 100 de su base reguladora que inicia un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, queda incardinado dentro de los dos supuestos, con opciones de reducción de jornada y cuantía también diferentes⁷⁶. A efectos prácticos de la cuantía, al momento del inicio de la actividad, la reducción de la pensión en la jubilación activa no es proporcional al tipo de jornada, sino que se mantiene constante al 50 por 100 del importe resultante en el reconocimiento inicial (sin exceder del límite máximo de pensión pública) independientemente del grado de parcialidad de la jornada, como sí garantiza la jubilación flexible. Y a su vez, con la incorporación al trabajo desde la jubilación activa «se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación», art. 214.5 LGSS. Es decir, se restituirán los complementos a mínimos si correspondiesen, pero nunca habrá

75 LÓPEZ GANDÍA, J. Y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La reforma de la jubilación*, cit. p. 118.

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

lugar a un recálculo de la base reguladora, a diferencia de la jubilación flexible, que permite mejoras sobre la cuantía de la pensión futura.

En sexto lugar, la compatibilidad con otras prestaciones del sistema, el art. 8 RD 1132/2002 sobre jubilación flexible, permite que el trabajo completado a tiempo parcial devenga como prestaciones compatibles la incapacidad temporal y la maternidad⁷⁷, pero no así la incapacidad permanente causada con posterioridad, en cualquiera de sus grados, que pudiera corresponder al jubilado-trabajador- inválido⁷⁸.

Tampoco precisa la norma, si en caso de despido del trabajador flexible, cabe el percibo de las prestaciones por desempleo, debiendo ser negativa la respuesta⁷⁹, habida cuenta de que no se ha cotizado por esta contingencia, es de razonable certeza su no devengo, debiendo reanudarse el cobro de la pensión revisada.

Las cotizaciones causadas durante el tiempo de jubilación flexible, pueden ser susceptibles de cálculo para las pensiones de viudedad y orfandad, pudiendo los beneficiarios optar por el cálculo de la pensión conforme a estas nuevas cotizaciones o bien, las cotizaciones computadas en situación previa de activo de jubilado-fallecido. En este último caso, la base reguladora es aquella que en su momento sirvió para determinar la pensión de jubilación, una vez completadas las pertinentes revalorizaciones⁸⁰. Respecto de la jubilación activa, la norma no contiene ningún tipo de previsión respecto a la pensión de viudedad y orfandad. En tanto que no existe cotización respecto a la mejora de la pensión, debe entenderse por analogía, que corresponde aplicar la misma base reguladora tomada en consideración para determinar la pensión de jubilación, igualmente revalorizada⁸¹.

Finalmente, en ambos supuestos de jubilación flexible y activa, el legislador ha previsto que los titulares de la pensión mantengan la consideración legal de pensionistas. La diferencia entre el RD-Ley 5/2013 y el RD 1132/2002 está en la consideración de pensionista también a efectos de las prestaciones sanitarias. Esta omisión cobra sentido al ponerla en sintonía con la reforma sanitaria de la época, operada por Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones⁸².

En suma, las medidas de envejecimiento activo de la Ley 27/2011 y el RD-Ley 5/2013 sobre la ya existente jubilación flexible, lo han sido de un modo implícito por el incremento

.....

77 Probablemente, la previsión legal a la prestación de maternidad sea en relación a la adopción y acogimiento.
78 Véase POZO MOREIRA, F.J., “La incapacidad permanente alcanzada la edad de jubilación en el contexto de la jubilación flexible”, en ARISTIZÁBAL RODRÍGUEZ, E.F., (Coord.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2017, págs. 771-776.
79 RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R., “La jubilación flexible y la jubilación parcial”, *Tribuna Social*, núm. 152, 2003, p. 26.
80 Al igual que también sucede en los fallecimientos en situación de jubilación parcial.
81 Art. 9 de la Orden de 13 de febrero de 1967.
82 Un análisis completo, puede verse en VV.AA., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016.

en la edad ordinaria de jubilación⁸³, lo que comporta un desincentivo⁸⁴ en pro de la modalidad activa, con mayor ámbito subjetivo y material que el previsto por la jubilación flexible. O dicho de otro modo, el legislador premia a los jubilados a abandonar su actividad habitual para emprender como profesionales autónomos nuevos, independientemente del tipo de trabajo que realicen o hayan realizado durante su trayectoria activa, y penaliza a quienes deseen compatibilizar la pensión de jubilación con una actividad por cuenta ajena⁸⁵.

4.2. Modalidades por cuenta propia

A su vez, cabe distinguir dos supuestos de envejecimiento activo a través de un trabajo por cuenta propia *ex. art.* 213.4 LGSS (sin perjuicio de la opción de jubilación activa tratada más arriba): la jubilación compatible a nivel general con un trabajo por cuenta propia y la jubilación de los profesionales mutualistas con colegiación obligatoria.

En el primer supuesto, la Disp. Adicional 31ª Ley 27/2011, permitió la compatibilidad de ingresos derivados del trabajo por cuenta ajena con la pensión de jubilación, cuando los ingresos totales anuales no superasen a la cuantía del salario mínimo interprofesional en término anual⁸⁶. Esta previsión supuso la apertura para el reconocimiento de actividades que hasta la fecha habían quedado al mercado irregular por estar afectadas de incompatibilidad⁸⁷, la posibilidad de compatibilizar la pensión de vejez con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y el desempeño de las funciones a ella inherentes, conforme al art. 93.2 de la OM 24 septiembre 1970⁸⁸, e indirectamente un tímido reconocimiento al baremo económico como cuantificador del requisito de habitualidad en la caracterización del trabajo autónomo⁸⁹, aunque con multitud de lagunas en su proceder⁹⁰.

83 CEA AYALA, A., “Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. Breve referencia a la jubilación flexible”, *Actualidad Laboral*, 2014, núm. 2, 2014, (LALEY 138/2014), p. 165-ss.

84 DE LA MAZA, S. Y CRUZ ROCHE, I., “La flexibilización de la edad de jubilación aspectos económicos de la política social”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2002, núm. 66, p. 113, desechan la idea de que la proyección de un aumento sobre base reguladora posterior compense respecto de las rentas del trabajo obtenidas.

85 LÓPEZ INSUA, B.M., “La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 16, 2016, págs. 53-72, (LALEY 1903/2016), p. 10 de 31.

86 STSJ Madrid, de 18 diciembre de 2017, (rec.881/2016) los ingresos constatados en IRPF indican que podrían derivar del ejercicio de una efectiva actividad profesional.

87 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “El porvenir en la actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados y su provisional compatibilidad con la pensión de jubilación de la Seguridad Social”, *Economía Española y Protección Social*, núm. 3, 2011, p.110.

88 STSJ La Rioja, de 19 abril de 2018 (rec. 101/2018) sobre la problemática de determinar las funciones inherentes a la titularidad del negocio en el sector de la hostelería.

89 BENAVIDES VICO, A., “El nuevo régimen de jubilación tras el Real Decreto-Ley 5/2013. Aspectos prácticos”, *Relaciones Laborales*, (LALEY 7751/2013), p. 28 de 33.

90 LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Hacia el envejecimiento activo...*cit.*”, p. 68. El nuevo art. 165.4 LGSS no precisa que ejercicio fiscal ha de tenerse en cuenta a efectos de verificación, ni el computo de los ingresos del año anterior, o la reversibilidad de la situación.

No obstante, al no concurrir la obligación de cotizar, no se generan nuevos derechos, ni de mejora sobre la pensión causada, ni sobre otras prestaciones de Seguridad Social. El acceso a esta compatibilidad es independiente de que la jubilación inicial sea ordinaria, anticipada o parcial, sino que se trata de actividades por cuenta propia a posteriori. Respecto a la situación contraria, esto es, una pensión de jubilación causada a través del RETA, y suspendida para la realización de trabajo por cuenta ajena que implican el alta, conforme al art. 94.2 b) OM 24 septiembre 1970, las cotizaciones posteriores solo computan en la mejora del porcentaje aplicable a la pensión inicialmente reconocida en caso de efectuarse en el mismo RETA y por tiempo superior a un año⁹¹.

El segundo supuesto de hecho sobre la jubilación de profesionales con colegiación obligatoria se presenta bastante más conflictivo que el anterior. El art. 16 de la Orden de 18 enero 1967, exceptuaba de la incompatibilidad general entre trabajo y pensión prevista para RGSS y RETA, a los trabajadores incluidos en una Mutualidad Laboral, como único colectivo. La Disposición Adicional 37^a de la Ley 27/2011, reforzó estas previsiones, siempre y cuando los profesionales colegiados compatibilizar la pensión y trabajo que diera lugar a su inclusión en una Mutualidad y no se estuviera de alta en el RETA. Se afirma que la polémica de esta previsión tanto por la forma⁹² como por el fondo⁹³.

Respecto a la forma, meses antes de la reforma de 2011, la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados, estableció en su único artículo la incompatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo del pensionista al ejercer una actividad profesional por cuenta propia exento de causar alta en autónomos, conforme había sucedido durante cuatro décadas⁹⁴. En el transcurso de ambas normas, el Tribunal Supremo resolvió la legalidad de la misma en STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 junio de 2012 (rec. 295/2011). La sentencia declaró la no vulneración de ninguna norma de rango superior por parte de la Orden, y su coherencia respecto del régimen general de incompatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el desarrollo de una actividad por cuenta propia, a pesar de que el profesional colegiado hubiera optado por incorporarse a una mutualidad alternativa.

Respecto al fondo, la doctrina científica interpretó de distinta manera el verdadero objetivo perseguido el legislador, si la equiparación de condiciones de protección social

.....

91 SSTSJ Andalucía, Sevilla, de 14 junio de 2018 (rec. 2022/2017) y de 8 noviembre de 2017 (rec. 3244/2016).

92 GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La reforma de la jubilación Ordinaria" en García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J., La reforma de la Seguridad Social de 2011, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 135. A tenor de la Disp. Derogatoria Única de la Ley 27/2011 no parece que la Disp. Adicional 37^a Ley 27/2011 intentase derogarla.

93 TORTUERO PLAZA, J.L., La reforma de la jubilación...*cit.*, p. 129.

94 Disp. Adicional Única Orden TIN/1362/2011, de 23 mayo. a excepción de aquellos trabajadores que ya viniesen compatibilizando con anterioridad a su entrada en vigor o quienes sin serlo, hubieran alcanzado la edad de 65 años.

de estos trabajadores en modo similar a las condiciones de los beneficiarios del sistema de Seguridad Social⁹⁵, o bien un incentivo a las políticas de prolongación de la vida activa⁹⁶.

5. CONCLUSIONES

Desde la óptica de la pensión de jubilación, el envejecimiento activo se ha encauzado a través de la compatibilidad entre pensión de jubilación y desarrollo de una actividad o profesión remunerada; sin embargo, las reformas han terminado por desnaturalizar la jubilación parcial y segregar a los trabajadores mediante exigentes requisitos para la jubilación activa.

La apuesta por el mantenimiento de la actividad del trabajador maduro no puede resultar a costa o en detrimento del fomento del empleo. La condición más onerosa de la jubilación parcial (cotización íntegra por jubilación como relevista) y de la jubilación activa (edad y porcentajes máximos), suponen un desincentivo a la actividad laboral, aunque pueda no serlo respecto de la sostenibilidad, de ahí la necesidad de flexibilizar cotizaciones e ingresos. Precisamente, sobre la compatibilidad entre trabajo y pensión, cabe hacer dos precisiones:

De un lado, el intervalo de reducción de jornada para la jubilación parcial *ex art.* 12.6 del ET, conforma un mínimo de derecho necesario absoluto, indisponible, por lo que el exceso o defecto de jornada quedaría afectado por la incompatibilidad del art. 16 de la Orden 18 de enero 1967.

De otro lado, el papel discordante de los ingresos en la compatibilidad, ya que la pensión se reduce a la mitad en la jubilación activa, independientemente de los ingresos devengados por el trabajo o de los ingresos percibidos por otras vías, mientras que la compatibilidad ordinaria con trabajos por cuenta propia del art. 213.4 LGSS marca el SMI anual como límite.

La norma solo se refiere a retribuciones por actividades del trabajo o profesionales, pero podría resultar interesante debatir el rol de otros ingresos, por ejemplo, dividendos, plusvalías por la venta de acciones, ganancias patrimoniales, incluso gastos compensatorios justificados en concepto de transporte, dietas, etc., como así se hace respecto de la pensión mínima.

.....

95 LÓPEZ ANIORTE, M.C., "Hacia el envejecimiento activo: Análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, p. 52.

96 LÓPEZ GANDÍA, J.Y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La reforma de la jubilación...cit.* p. 52.

Con ello, se acentuaría el cariz de rentas de sustitución de la pensión de jubilación de cara al envejecimiento activo, pues hasta la fecha, el legislador ha enfocado el envejecimiento activo como un factor de sostenibilidad del sistema.

FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia