

**Pensión de jubilación activa en socio y administrador único de sociedad mercantil: incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y percepción del 100 por 100 de la pensión de jubilación.**

**María José Romero Ródenas**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha*

**Resumen:** *Compatibilidad del trabajo por cuenta propia con el 100 % de la pensión de jubilación siempre que se acredite la contratación personal de, al menos, un trabajador por cuenta ajena. No procede la compatibilidad en el caso de trabajador encuadrado en el RETA como socio único y administrador único de una sociedad mercantil, porque en tal caso el empresario no es el trabajador autónomo, sino la sociedad mercantil: artículo 214.2.párrafo 2º y Disposición Final Sexta bis TRLGSS.*

**Palabras clave:** *Jubilación activa. Incompatibilidad. Trabajador autónomo.*

**Abstract:** *There is an incompatibility between the worker in the Special Regimen for self-employed workers (RETA) who holds the status of adviser, administrator, partner or co-owner of an entity with its own legal personality different from that of the self-employed worker, entity which by virtue of its own legal personality, acts as an employer for the Social Security Treasury (TGSS). The full compatibility of work with the retirement pension is exclusively related to retired pensioners who, acting as a natural person, have been included in the scope of the Special Regimen for self-employed workers (RETA) , and attest to the employment of a self-employed worker.*

**Keywords:** *Incompatibility. Self-employed worker.*

---

### I. Introducción

La STSJ de Zaragoza de 22 de septiembre de 2020 reitera doctrina de esta misma Sala al manifestar nuevamente que existe incompatibilidad para cobrar el 100 por 100 de la pensión de jubilación cuando se trata de un trabajador encuadrado en el RETA que ostenta la condición de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del trabajador autónomo entidad que en virtud de su personalidad jurídica propia actúa como empresario ante la TGSS. La doctrina manifestada en la sentencia objeto de comentario, concibe la plena compatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación cuando viene referida exclusivamente a los pensionistas de jubilación que actuando como persona física han quedado incluidos en el campo de aplicación del RETA, y acrediten la contratación personal de un trabajador por cuenta ajena. La cuestión planteada ha sido resuelta por la misma Sala en sentencias 27 de abril de 2000 rec. 125/2020, 12 de junio de 2020, rec. 191/2020, 6 de julio de 2020, rec. 247/2020 y 20 de julio de 2020, rec. 272/2020<sup>[1]</sup> y en sentido contrario por la STSJ Galicia de 28 de mayo de 2019<sup>[2]</sup>, entre otras resoluciones judiciales.

## II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 399/2020, de 22 de septiembre.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** recurso de suplicación núm. 355/2020.

**ECLI:ES:TSJAR:2020:984**

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. César Arturo Tomás Fanjul.

**Votos Particulares:** carece.

## III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El demandante afiliado al RETA por su condición de socio y administrador único de una sociedad se le reconoce la pensión de jubilación con derecho al percibo solo del 50 por 100. La Sala señala que no procede la compatibilidad en el caso de trabajador encuadrado en el RETA como socio único y administrador único de una sociedad mercantil, porque en tal caso el empresario no es el trabajador autónomo, sino la sociedad mercantil, así es interpretado el art. 214.2. párrafo 2º y Disposición Final Sexta bis TRLGSS.

## IV. Posición de las partes

### 1. La recurrente (demandante)

Disconforme con el fallo la parte recurrente, al amparo del art. 193.c) LRJS denuncia la infracción del art. 214.2.2º en relación con el art. 305. 2.b) TRLGSS y en relación con el art. 14 CE, solicitando el incremento de la jubilación activa al serle reconocido el 50% y no el 100% de la dicha prestación.

### 2. La recurrida (demandada)

El INSS impugnan el recurso de suplicación afirmándose en su resolución desestimatoria, por cuanto manifiesta que la plena compatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación viene referida exclusivamente a los pensionistas de jubilación que actuando como persona física han quedado incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y acrediten la contratación personal de un trabajador por cuenta ajena. Entendiendo que esta medida no es de aplicación a los pensionistas de jubilación incluidos en RETA por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del trabajador autónomo entidad que en virtud de su personalidad jurídica propia actúa como empresario ante la TGSS.

## V. Normativa aplicable al caso

Al presente supuesto de hecho son de aplicación las siguientes normas y preceptos:

- **Art. 214.2 TRLGSS**

“2. La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial...”

“No obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento.

La pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social. No obstante, en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por ciento, excepto en el supuesto de realización de trabajos por cuenta propia en los términos señalados en el párrafo anterior”

- **Art. 305.2.b) TRLGSS**

“2. A los efectos de esta ley se declaran expresamente comprendidos en este régimen (RETA) especial (...)

b) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

3.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

En los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad”.

- **Disposición Final Sexta bis TRLGSS**

“Con posterioridad, y dentro del ámbito del diálogo social, y de los acuerdos en el seno del Pacto de Toledo, se procederá a aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad establecido entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos regulado en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 214 de la presente Ley”.

- **Art. 14 CE**

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

## **VI. Doctrina básica**

Se trata de una cuestión litigiosa que ha sido recientemente sometida a la consideración de diversas Salas de suplicación con una línea interpretativa en su mayoría de proceder la no compatibilidad en el caso de que trabajador encuadrado en el RETA como socio y administrador único de una sociedad mercantil, porque en tal caso se interpreta que el empresario no es el trabajador autónomo, sino la sociedad mercantil. En este sentido la sentencia señala que la posibilidad del cobro del 100% de la pensión de jubilación cuando se es autónomo empleador ha de entenderse que se contemplaba únicamente para autónomos persona física. Bajo la interpretación no pacífica, que constituye trabajador autónomo o trabajador independiente o empresario individual, la persona física que realiza de forma habitual, personal y directa, una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción a contrato de trabajo, y aunque eventualmente utilice el servicio remunerado de otras personas.

## VII. Parte dispositiva

De conformidad con todo lo anterior, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza Primera desestima el recurso de suplicación a fin de confirmar la sentencia del juzgado de lo social núm. 6 de Zaragoza de 24 de febrero 2020. Señalando la posibilidad de recurso de casación para unificación de doctrina ante el TS. Sin costas.

## VIII. Pasajes decisivos

### ***Fundamento Jurídico Segundo***

"La expuesta regulación tiene su precedente en el capítulo I del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo... Regula -dice su preámbulo- la compatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena para favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores...La DA Primera introduce una serie de cautelas tendentes a evitar que la modalidad de compatibilidad entre la pensión de jubilación y trabajo del Capítulo I pueda ser indebidamente utilizada por las empresas como una vía de reducción de costes a través del empleo de esta figura en fraude de ley, mediante la sustitución de parte de los puestos de trabajo actuales -fuera de los supuestos previstos en la norma - por nuevas contrataciones, que implican una menor cotización al sistema de la Seguridad Social".

### ***Fundamento Jurídico Tercero***

"No se ha producido hasta el momento, reforma legal o reglamentaria alguna, encaminada, como dice esta DF Sexta bis de la LGSS, a "aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad establecido entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos regulado en el pfo. segundo del ap. 2 del art. 214 de la presente Ley".

### ***Fundamento Jurídico Cuarto***

"La Sala ha mantenido el mismo criterio desestimatorio de la sentencia recurrida, en numerosos pronunciamientos anteriores... en las que se exponen argumentos que llevan ahora igualmente a la desestimación del recurso, y la confirmación de la sentencia impugnada:

"...cuando el art. 214 .2 pfo 2º de la LGSS dispone que "si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento", se está refiriendo a un trabajo por cuenta propia realizado por el propio pensionista; y a "tener contratado", al menos, a un trabajador por cuenta ajena" en esa actividad por cuenta propia a que la norma se refiere. Es la interpretación, entendemos, más acorde, de un lado, con la fase de implantación, progresiva en el tiempo, del régimen de compatibilidad a que nos referimos, y, de otro, con la propia terminología y sistemática legal: se trata de facilitar la actividad emprendedora, de favorecer la permanencia en una vida laboral activa, y asimismo de incentivar la creación de puestos de trabajo".

## IX. Comentario

El Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, establece un nuevo supuesto de compatibilidad entre la pensión de jubilación en su modalidad contributiva<sup>[3]</sup>, reducida al 50 por 100 de su importe, y la realización de un trabajo por cuenta propia o ajena, a tiempo completo o parcial<sup>[4]</sup>, incorporándose su contenido en la regulación al artículo 214 TRLGSS.

Nos resulta necesario recordar el segundo y tercero de los objetivos perseguidos en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, al indicar que la nueva regulación pretende: "Reforzar la sostenibilidad del Sistema de la

Seguridad Social”, desde el momento en que se satisface la pensión de jubilación en una cuantía equivalente al 50 por 100 de la ordinaria. Y el tercer objetivo, mantener la utilización de los conocimientos y experiencia de los trabajadores que cuentan con una dilatada vida laboral. *Aun cuando tales objetivos sean muy loables no parece conveniente que con unas cifras de paro tan elevadas como las que mantiene el país, este sea el momento más oportuno para implantar el modelo de compatibilidad que a la postre se traducirá en un envejecimiento de la población laboral y una mayor dificultad de los jóvenes en el acceso al empleo, impidiendo la incorporación de otros colectivos al trabajo*<sup>[5]</sup>.

Es cierto que la normativa reguladora impone determinados requisitos que han de concurrir que la persona trabajadora que accede a la pensión de jubilación, a la vez que también se exige de las empresas el mantenimiento del nivel de empleo en los términos del artículo 214.6 TRLGSS

En este sentido si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado al menos a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento (art. 214.2, párrafo 2º TRLGSS introducido por la Disposición final quinta de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo), debiendo matizarse que esta compatibilidad solo afecta al pensionista de jubilación que, actuando como persona física, haya quedado incluido en el campo de aplicación del RETA, quedando excluidos por tanto quienes por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del trabajador autónomo hayan quedado incluidos también en el campo de aplicación de dicho régimen especial. En este caso de compatibilidad entre la realización de una actividad por cuenta propia y el percibo de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100 por 100, el contrato de trabajo por cuenta ajena cuya acreditación se exige podrá ser celebrado a jornada completa o parcial, entendiéndose también cumplido este requisito si el trabajador autónomo acredita la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo que de lugar a la inclusión del trabajador por cuenta ajena en el Sistema Especial de Empleados del Hogar<sup>[6]</sup>, criterio que se ha dejado sin efecto. El criterio inicial del INSS, ha quedado sin efecto y en la actualidad el Criterio de Gestión 7/2018, de 21 de marzo mantiene el requisito de tener dado de alta al menos a un trabajador por cuenta ajena para poder percibir el 100 por 100 de la pensión de jubilación, y dicho trabajador ha de estar vinculado a la actividad del trabajador autónomo, criterio que parece razonable y que descartaría la posibilidad de percibir el cien por cien contratando de una persona trabajadora de hogar, a tiempo parcial.

La cuestión por dilucidar para fijar con un más acertado y pacífico criterio que el mantenido por la Sentencia objeto de comentario y todas las que mantienen su criterio de incompatibilidad ante el supuesto de hecho analizado es delimitar a qué tipo de trabajador autónomo se esta refiriendo el art. 214. 2 TRLGSS.

La Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo en su DF 5ª introdujo la modificación del art. 214 2 y 5 TRLGSS señalando que “la cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista. No obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento”.

De forma que la cuestión jurídica a determinar se centra en la necesaria delimitación de “la actividad por cuenta propia” a la que alude el art. 214. 2 TRLGSS, es decir, referida al trabajador autónomo, persona física, o también incluiría al administrador único, que realiza el contrato en nombre de una sociedad, o cualquier tipo de autónomo societario. Una cuestión desde luego no exenta de pronunciamientos

contrarios en suplicación y desde nuestro punto de vista necesitada del correspondiente pronunciamiento por parte de la Sala 4ª del TS.

La sentencia objeto de comentario mantiene un criterio doctrinal contrario al que nos parece más ajustado en derecho fijado en la STSJ Galicia de 28 de mayo de 2019, que interpreta de forma extensiva la condición del trabajador autónomo tanto en su condición de autónomo persona física, como autónomo societario con el efectivo control de la sociedad en base a unas conclusiones muy razonadas y argumentadas con el espíritu del concepto de envejecimiento activo. El Magistrado gallego, además coautor de una investigación en la materia<sup>[7]</sup> sienta una interpretación novedosa y global con cuatro argumentos que analizaremos por ser muy fundados en derechos y diferentes de la fundamentación jurídica de la sentencia objeto de comentario.

Así, la primera fundamentación, en el marco normativo internacional y europeo, de la prohibición de discriminación por razón de edad y del establecimiento de mecanismos flexibles y graduables relacionados con el envejecimiento activo, “recomienda a las legislaciones nacionales posibilitar a las personas perceptoras de pensión de jubilación la continuación de una actividad profesional, especialmente a tiempo parcial, así como también la posibilidad de constituirse en trabajadores por cuenta propia” (Recomendación 162 de la OIT, 1980, sobre los trabajadores de edad, apartado 30.3.b), o la inclusión en cualquier forma de actividad remunerada (Recomendación 82/857/CEE)<sup>[8]</sup>.

En segundo lugar, acoge e interpreta el sentir de “la Comisión de Seguimiento del Pacto de Toledo al recomendar que “hay que introducir esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión” y que “resulta adecuada, en la misma línea que otros países de nuestro ámbito, una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral” y esta debe de ser la finalidad que inspira tanto la Exposición de Motivos como los arts. 1 al 4 del RDL 5/2013, de 15 de marzo<sup>[9]</sup>, es decir, “favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores”.

Así las cosas, el actual art. 214 TRLGSS profundiza “en la política de envejecimiento activo, pero adhiere a la norma (...) una medida de política de empleo”, y la interpretación del autónomo que contrata a través de “una sociedad de la cual tiene su control efectivo siempre que se mantenga el nivel de empleo” entendiendo que así se privilegia “el principio de primacía de la realidad al no establecer distinguos formalistas en perjuicio de quienes, aún constituyendo una sociedad formalmente contratante dentro de los cauces de la legalidad vigente, continúan siendo en la realidad los empresarios de hecho y, como tales empresarios de hecho, cumplen con las exigencias materiales establecidas en la norma en relación con el mantenimiento del nivel de empleo en la empresa que regentan”<sup>[10]</sup>.

Y por último, la Sala de lo Social del TSJ de Zaragoza no ha interpretado que la intención del legislador de favorecer el envejecimiento activo es de tal determinación que la posibilidad de compatibilizar hasta el 100% incluso se pretende extender los demás trabajadores por cuenta propia, lo que supondría permitir esa compatibilidad total a los que no tienen contratados otros trabajadores<sup>[11]</sup>.

A mayor abundamiento, debemos de precisar que si se tratará de un trabajador autónomo integrado en una comunidad de bienes que tiene de alta a trabajadores por cuenta ajena, los Tribunales han entendido por unanimidad que se tiene derecho a la pensión de jubilación activa plena<sup>[12]</sup>.

Por el contrario, la sentencia comentada se adhiere a la doctrina mayoritaria mantenida, entre otras, en las sentencias de su propia Sala y otros TSJ<sup>[13]</sup> que han entendido que para tener derecho a la pensión de envejecimiento activo global se

debe interpretar que la exigencia de la contratación de trabajadores por cuenta ajena lo sea como autónomo persona física a tenor del art. 305.1 TRLGSS es decir en el ámbito de aplicación del RETA y no autónomo persona jurídica. Este argumento trae a colación el criterio mantenido por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de fecha 14 de febrero de 2019, rec. 4802/2018 (diferente sección).

Los argumentos del TSJ de Zaragoza circunscriben el derecho de la jubilación activa plena a la condición de autónomo, persona física, es decir, trabajador que realiza de forma habitual, directa y personal, una actividad lucrativa. El trabajo por cuenta propia no es lo mismo que el trabajo autónomo<sup>[14]</sup> aunque todo trabajo por cuenta propia es autónomo, "Estarán obligatoriamente incluidas en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos las personas físicas mayores de dieciocho años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, en los términos y condiciones que se determinen en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo" (art. 305 TRLGSS).

De forma que la sentencia incide precisamente en esta argumentación legal contenida en el art. 305.2 TRLGSS, es decir, la jubilación activa plena no es de aplicación a los pensionistas de jubilación incluidos en el RETA por su condición de societarios o entidades sin personalidad de conformidad con lo previsto en el citado artículo 305.2 TRLGSS ya que en estos supuestos la inclusión en el RETA viene determinada por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta de trabajador autónomo.

A mayor abundamiento, aunque no se analiza en la sentencia objeto de estudio, debemos analizar que tipo de contrato ha de tener suscrito el trabajo por cuenta propia como exige el art. 214.2 párrafo 2 TRLGSS para que la cuantía de la pensión de jubilación activa sea del cien por cien. Legalmente la ley no dice nada, pero el INSS en el Criterio de gestión 26/2017, de 23 de noviembre aprobado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, que posteriormente ha dejado sin efecto, admitió la posibilidad de reconocer el cien por cien de la pensión, aunque se tuviera dado de alta a un trabajador del Sistema Especial de Empleados de Hogar. Esta cuestión jurídica ha accedido a los Tribunales y así el TSJ de Castilla-León (Burgos) en Sentencia de 19 de junio de 2019 rec. 347/2019, ha reconocido el derecho a compatibilizar el cien por cien de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia, por el hecho de tener dado de alta a una trabajadora como empleada de hogar<sup>[15]</sup>.

Sin embargo, como he dicho anteriormente el criterio inicial del INSS, se ha dejado sin efecto y en la actualidad<sup>[16]</sup> lo que si mantiene es que el requisito de tener dado de alta al menos a un trabajador por cuenta ajena para poder percibir el 100 por 100 de la pensión de jubilación, es que dicho trabajador ha de estar obligatoriamente vinculado a la actividad del trabajador autónomo, criterio que parece razonable y que descartaría la posibilidad de percibir el cien por cien contratando un empleado/a de hogar, a tiempo parcial. Lo que entendemos que no se discute es que el contrato de trabajo por cuenta ajena a que se refiere el art. 214. 2 TRLGSS pueda ser concertado a tiempo parcial o a jornada completa<sup>[17]</sup>, con lo cual bastaría contratar a un trabajador por cuenta ajena por muy pocas horas para tener derecho al cien por cien de la pensión<sup>[18]</sup>.

Y por último el criterio de gestión del INSS 18/2018 que ha venido ha señalar que una interpretación literal del precepto comentado nos lleva a entender que este requisito solo pudiera ser acreditado por el trabajador autónomo persona física adscrito al RETA en virtud del art. 305.1 TRLGSS. Solo en estos supuestos el trabajador por cuenta ajena será contratado por el trabajador autónomo pensionista de jubilación. Por tanto, esta medida no será de aplicación a los pensionistas de jubilación incluidos en el RETA de conformidad con lo previsto en el artículo 305.2 b), c), d), e) y l) del TRLGSS, ya que en estos supuestos la inclusión en el RETA viene establecida

por su condición de consejero o administrador, socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias, socios trabajadores de SL o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del trabajador autónomo, entidad que en virtud de su personalidad jurídica propia actúa como empresario ante la Tesorería General de la Seguridad Social<sup>[19]</sup>, es decir, los autónomos societarios no tienen derecho a la prestación de jubilación activa del 100 por 100, sino a la prestación de jubilación activa del 50 por 100. Este es el actual criterio de gestión del INSS coincidente con la Sentencia del TSJ de Zaragoza de 22 de septiembre de 2020 objeto de comentario y con la doctrina judicial subrayada con anterioridad y a la que se adhiere también algún sector de la doctrina científica<sup>[20]</sup>.

## X. Apunte final

La práctica judicial siempre resulta más abierta y camina siempre por delante que la Ley, es cierto, de ahí que sea deseable que la Sala 4ª del TS en unificación de doctrina identifique a que trabajador autónomo se refiere el art. 214. 2 TRLGSS, trabajador autónomo persona física y persona jurídica, o solo al trabajador autónomo persona física como beneficiario de la pensión de jubilación activa del 100 por 100 o lo que se conoce como envejecimiento activo global.

El envejecimiento activo es pluridimensional y está relacionado con factores no solo demográficos, que desde luego afectan a la médula ósea de la Seguridad Social, esto es, a su financiación. Además es una realidad y pacífica que el aumento de la expectativa de vida implica el incremento del número de mayores de 65 años (más mujeres que hombres) y por tanto mayor crecimiento constante de pensionistas unido a un descenso o crecimiento negativo de la población, creciendo lógicamente el gasto en pensiones. El volumen de jubilaciones derivadas del envejecimiento activo es muy limitado<sup>[21]</sup>, y según los datos que se poseen, el 80% de las mismas corresponden a solicitudes de trabajadores autónomos<sup>[22]</sup> de difícil implantación por consiguiente en el ámbito del trabajo asalariado por cuenta ajena<sup>[23]</sup>. Las luces y sombras en la construcción de esta prestación de jubilación activa global han puesto de relieve su fragilidad e inseguridad manifestada adicionalmente por los cambios en los criterios técnicos de gestión del INSS y en la doctrina judicial en los diferentes TSJ que han analizado la materia, incluso en mismas salas de lo social de TSJ en sus secciones mantienen criterios diferentes.

En cuanto al espíritu de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo y de su Exposición de Motivos entendemos que es favorecer que no se extingan puestos de trabajo como consecuencia de la jubilación del empresario, pero ese aspecto negativo de la jubilación del empresario solo se produce en los casos en los que este es una persona física, pues la persona jurídica no puede despedir como consecuencia de la jubilación de uno de los socios o del gerente de la empresa, por ejemplo, argumento que permite no reconocer esta pensión a los autónomos societarios.

El artículo 214.2, párrafo 2º TRLGSS, exige que la actividad que se realiza por cuenta propia acredite tener contratado un trabajador por cuenta ajena y esa situación no se produce en la Sentencia del TSJ que analizamos tal y como está redactado el precepto citado, pues en el caso la contratación por cuenta ajena no es del trabajador-persona física, sino por una persona jurídica, lo que se encuentra extra muros del requisito exigido por el precepto referido<sup>[24]</sup>. Ahora bien, impedir tal posibilidad a los autónomos societarios ¿supondría un obstáculo no previsto ni pretendido por el legislador?<sup>[25]</sup>.

## Referencias:

1. ^ *Idem doctrina STSJ Islas Canarias (Las Palmas) de 16 de diciembre de 2019, rec. 784/2019, STSJ País Vasco 10 de septiembre 2019, sent. núm. 1517/2019.*
2. ^ *Vid. comentario ROMERO RODENAS, M.J.: "Luces y sombras de la pensión de jubilación activa y su compatibilidad con el trabajo: ¿jubilación y compatibilidad con el trabajo por cuenta propia de autónomo societario? a propósito de la STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019, Revista Derecho de la Seguridad Social, núm. 22 (2020), págs.151-168. A favor de la doctrina de la STSJ de Galicia citada, vid., SSTSJ La Rioja 18 de junio de 2020, rec. 49/2020 y 10 de octubre de 2019, rec. 109/2019; ROMERO RODENAS, M.J.: La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Seguridad Social, Bomarzo, Albacete, 2019, pág. 40 y ss.*
3. ^ *Solamente podrán acogerse a dicha jubilación quienes tengan acreditada una larga carrera de seguro resultando intrascendente que el trabajo a realizar, compatibilizándolo con la pensión, sea a jornada completa o a tiempo parcial. Durante el periodo comprendido entre 2013 y 2026 los años que han de tenerse acreditados para acceder a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al cien por cien de la base reguladora 36 años durante el periodo comprendido entre 2020 y 2022 y 36,5 años entre 2023 y 2026, inclusive.*
4. ^ *RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RE, F. Y CASAS BAAMONDE, M. E., "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, núm. 5, 2013, pág. 10. GALA DURAN C.: "El impacto de las últimas reformas de la jubilación en el fomento de la compatibilidad entre trabajo y pensión", El derecho del trabajo y seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral (Dir. Sánchez-Rodas Navarro C., Garrido Pérez E), Laborum, Murcia, 2015, págs. 65 y ss; VIVERO SERRANO J.B. "La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento activo", Documentación Laboral, núm. 103, 2015, pág. 117 a 128. LOUSADA AROCHENA J.F., RON LATAS R.P., La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo, Laborum, Murcia, 2019, pág. 91 y ss.*
5. ^ *Se ha cuestionado precisamente "la posibilidad de simultanear pensión de jubilación y trabajo, a tenor del impacto –se entiende, negativo– que podría tener sobre las condiciones de trabajo y el acceso al empleo de las personas desempleada", Vid. ROJO TORRECILLA, E. "El envejecimiento activo y los ajustes en el marco jurídico y económico de las pensiones (y muchos cambios más). Análisis del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo (II) Blog del autor www.eduardorojotorrecillas, entrada de 17 de marzo de 2013. GALA Durán C.: "Las medidas de fomento del envejecimiento activo y su posible impacto sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones", Revista Trabajo y Derecho núm. 2, 2015, consultado en Smarteca.*
6. ^ *Vid. Criterio de gestión del INSS 26/2017, de 23 de noviembre, dejado sin efecto.*
7. ^ *LOUSADA AROCHENA J.F., RON LATAS R.P., La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo, Laborum, Murcia 2019, pág. 120 y ss.*
8. ^ *De 10 de diciembre de 1982, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación.*

9. ^ Vigente Art. 214 TRLGSS.
10. ^ *Si lo hace, el Fdo Jco Tercero, in fine STSJ Galicia de 28 de mayo de 2019.; Vid LOUSADA AROCHENA J.F., RON LATAS R.P.: La compatibilidad ..., op.cit. pág. 124 y ss.*
11. ^ *Entrecomillados, Fdo.Jco terecero STSJ Galicia comentada, e incorporados pags. 126 y 127 LOUSADA AROCHENA Y RON LATAS R.P., La compatibilidad..., op.cit.*
12. ^ *SSTSJ Castilla-León (Valladolid) 15 de mayo de 2019, rec. 175/2019; País Vasco 11 de diciembre de 2018, rec. 2256/2018, 6 de noviembre de 2018, rec. 1960/2018; 9 de octubre de 2018, rec. 1746/2018.*
13. ^ *Entre otras, las citadas con anterioridad y SSTSJ de Asturias de 26 de diciembre de 2018, rec. 2239/2018 y 29 de enero de 2019, rec. 2731/2018, Castilla y León de 23 de enero 2019, rec. 1821/2018, 6 de noviembre de 2018, rec.1179/2018, 8 de marzo de 2019, rec. 1999/2018 y Madrid 11 de julio de 2019, rec. 46/2019.*
14. ^ *In extenso, GÓMEZ MUÑOZ J.M. (Dir): El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas, Bomarzo, Albacete, 2019.*
15. ^ *En contra de este criterio se ha pronunciado el TSJ Navarra, en sentencia de 23 de mayo de 2019, rec. 167/2019.*
16. ^ *Criterio de Gestión 7/2018, de 21 de marzo.*
17. ^ *CERVILLA GARZÓN M.J., “La política de fomento del envejecimiento...” op. cit., pág. 230.*
18. ^ *También se ha planteado la posibilidad de hacer compatible el cien por cien de la pensión de jubilación con la contratación de un trabajador por cuenta ajena incluido en el sistema especial agrario, con cotización por jornadas reales, cuestión esta resuelta por el Criterio de Gestión INSS 17/2018, de 20 de junio.*
19. ^ *Criterio de gestión 18/2018, de 26 de julio de 2018 aprobado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica., cambio de criterio respecto al Criterio de gestión 26/2017.*
20. ^ *GOERLICH PESET JM y GARCÍA ORTEGA J. “La reforma del Régimen de Autónomos en la Ley 6/2017”, Revista Información Laboral, núm. 12 (2017), pág. 4. En contra, LOUSADA AROCHENA J.F, y RON LATAS R.P: La compatibilidad... op. cit.; CERVILLA GARZÓN M.J. “La política de fomento del envejecimiento... op. cit., pag. 232, la autora advierte su preocupación de que la exclusión para los autónomos societarios, “pueda conllevar el cierre de empresas societarias para que los autónomos puedan acceder al 100% de la pensión, en base a que debe facilitarse la continuidad de los negocios y a que otra interpretación es contraria a la finalidad legislativa de la norma”.*
21. ^ *BAYLOS GRAU A. “Protección jurídica de las personas mayores. Tutela del empleo y envejecimiento activo” en III congreso internacional y XVI nacional de la AESSS por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible...op.cit. pág. 26.*
22. ^ *ESTEBAN LEGARRETA, E., DESBARATS, I., “Grandes tendencias legislativas en materia de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo en Francia y en España ¿Una muestra de la adaptación al envejecimiento?, Revista Documentación Laboral Vol. 4, núm. 112, 2017, pág. 182.*
23. ^ *BAYLOS GRAU A. Protección jurídica de las personas mayores. Tutela del empleo y envejecimiento activo” en III congreso internacional y XVI nacional de la AESSS por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible...op. cit., pág. 26.*

24. <sup>^</sup> *Literalidad de los fundamentos jcos de las SSTSJ Castilla y León (Valladolid) de 6 de noviembre de 2018, rec. 1179/2018, 23 de enero de 2019, rec. 1821/2018.*
25. <sup>^</sup> *Para nosotros es un interrogante, pero resulta una afirmación para CERVILLA GARZON M.J.: “Criterios jurisprudenciales recientes sobre la jubilación activa de los trabajadores por cuenta propia”, en POR UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN, ADECUADA, SEGURA Y SOSTENIBLE III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Tomo II, pág. 180.*