



F I C I O

REF:

REF. Expte. nº.: JM/jda

FECHA: 21 de junio de 2013

ASUNTO:

DESTINATARIO: **D. PEDRO LUIS YÚFERA SALES**
(Decano del Ilustre Colegio de Abogados
de Barcelona)
C/ Pau Clarís, 81
08010 BARCELONA

EXCMO. N.º DE ORDENACIÓN JURÍDICA
Salida
190300 N.º 20131995000000695
24/06/2013 10:03:33 Orig:
MTNS19908000000

En relación con su escrito de 2 de mayo de 2013, por el que se solicita el parecer de este Centro Directivo en cuanto a si hay que entender vigente el régimen de compatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados, tras la entrada en vigor 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, le significo lo siguiente:

Se indica en su consulta que tras la publicación del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, se han suscitado dudas acerca de la aplicabilidad del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo regulado en su Capítulo I al colectivo de profesionales colegiados, y más concretamente al de los abogados colegiados que optaron por un régimen de previsión social privado y perciben -o quieren ejercer el derecho a percibir- la correspondiente pensión de jubilación al amparo de su normativa específica que les permite compatibilizar la percepción del 100 por 100 de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia.

En relación con ello, cabe recordar que la disposición adicional trigésima séptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, establece lo siguiente:

“El Gobierno presentará un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión 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. Mientras no se produzca esta regulación,



se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo”.

Una cuestión a destacar es que desde la fecha de vigencia de esta disposición adicional -2 de agosto de 2011-, no resulta de aplicación lo dispuesto en la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados, en la que se dispone que -con algunas excepciones- el régimen de incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo del pensionista previsto en el artículo 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social y en las correspondientes normas reguladoras de los regímenes especiales de la Seguridad Social, será también aplicable con respecto al ejercicio de la actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados que, al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se hallen exonerados de la obligación de causar alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, con independencia de que quedaran o no integrados en una de las mutualidades de previsión social a las que indicada norma legal posibilita su actuación como alternativas al alta en el expresado régimen especial.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 20 de junio de 2012, al analizar los efectos que cabría apreciar respecto a la vigencia de la Orden citada, a la vista de lo dispuesto en la disposición adicional trigésima séptima de la Ley 27/2011, considera que: *“... hay que entender que no se trata de una derogación formal ... pero sí de una categoría distinta, identificable con un mandato de inaplicación, luego de derogarse la Ley 27/2011, (RCL 2011, 1518 y 1808) no se derogaría el mandato de inaplicación recobrando su aplicabilidad la Orden [cf. Artículo 2.2 del Código Civil (LEG 1889,27)]”.*

De este modo, señala la Sentencia, no cabría entender que el legislador, al ordenar el mantenimiento de la aplicación de la normativa anterior a la Orden, se haya erigido en intérprete auténtico y haya hecho suya la interpretación administrativa anterior a la Orden elevándola a rango de ley, sino que *“... De los equívocos términos de esa Disposición, lo que la Sala deduce es que ante un asunto controvertido ordena que se mantenga la situación anterior a la Orden en tanto se hace una regulación general del régimen de compatibilidad entre trabajo y pensión. Por lo tanto, aun siendo*



la Orden al tiempo de dictarse conforme a Derecho, hoy día resulta inaplicable por mandato del legislador lo que equivale a esa derogación tácita”.

Cabe recordar que dicho criterio administrativo -sustentado esencialmente por las Resoluciones de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 23 de febrero de 1996, y de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 6 de noviembre de 1996-, viene a señalar que este régimen de incompatibilidad no surge por la realización de cualquier actividad, sino que ésta debe determinar el encuadramiento en algún régimen de la Seguridad Social, sin que sea equivalente, a los efectos ahora debatidos, la opción alternativa por una mutualidad de previsión social, a tenor de lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, por lo que en tales supuestos el ejercicio de la actividad profesional resulta plenamente compatible con el disfrute de la pensión de jubilación.

Una vez determinado el régimen de compatibilidad existente con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, habría que dilucidar si el mismo se habría visto afectado por el régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo introducido por el Capítulo I del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo.

En este sentido, es significativo la ausencia de mención alguna -ni en la parte expositiva, ni en el texto del citado real decreto-ley- a la disposición adicional trigésima séptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto; omisión que no parece justificable si se pretendiese abordar mediante dicha norma el mandato impuesto al Gobierno para presentar un proyecto de ley regulador de la compatibilidad entre pensión 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, a que se refiere la citada disposición adicional.

Por contra, el apartado 2 del artículo 1 -regulador de su ámbito de aplicación-, dispone que la modalidad de jubilación regulada en el Capítulo I, se entenderá aplicable “... *sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo establecidas legal o reglamentariamente*”. Y entre ellos habría que considerar a la modalidad de compatibilidad existente con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, respecto a la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados.



Esta conclusión se refuerza al analizar el Capítulo I de la norma desde el punto de vista de su regulación material, al constatarse la existencia de aspectos de la misma que implicaría su incompatibilidad con la regulación vigente respecto al régimen alternativo de las mutualidades de previsión social.

Y ello es así porque la regulación de este régimen de compatibilidad mediante los cuatro artículos que componen el Capítulo I, se realiza de modo integral, de tal modo que será exigible el cumplimiento de todos los requisitos, tanto los relativos al acceso a la pensión, como los establecidos en cuanto a la cotización prevista en su artículo 4.

En este último artículo se establece que durante la realización del trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, los empresarios y los trabajadores cotizarán la Seguridad Social únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, según las normativa reguladora del régimen del sistema de la Seguridad Social correspondiente, además de quedar sujetos a una cotización especial de solidaridad del 8 por 100, no compatible para prestaciones.

La configuración de esta modalidad de cotización, de imposible cumplimiento en sus propios términos por los profesionales colegiados incluidos en las mutualidades de previsión social en su condición de alternativa al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y cuya relación jurídica está configurada mediante el sistema de capitalización individual y técnica aseguradora, parece circunscribir su ámbito de aplicación -como así se desprende también de lo dispuesto en el artículo 1.1- a los regímenes del sistema de la Seguridad Social, quedando extramuros del mismo las citadas mutualidades de previsión social.

Otro aspecto de la regulación de esta nueva modalidad de compatibilidad pensión-trabajo que podría deparar resultados contrarios a la finalidad pretendida de impulsar de modo efectivo la continuidad de la vida laboral y promover el envejecimiento activo del colectivo de consulta, es que si bien en los supuestos de acceso anticipado a la jubilación del sistema de la Seguridad Social los profesionales colegiados podrían compatibilizar la percepción del 100 por 100 de la pensión con la actividad profesional, tal compatibilidad se reduciría al 50 por 100 si el acceso se produce una vez cumplida la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima de la Ley General de la Seguridad Social -sin acogimiento a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación- y siempre y cuando el importe de la pensión causada alcance el 100 por 100, requisitos todos ellos exigidos en el artículo 2 del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo.



No parece congruente con la finalidad pretendida por la norma que tanto los requisitos de acceso como los beneficios a obtener por los interesados, en esta modalidad de compatibilidad pensión-trabajo, sean más gravosos que los que se desprenderían de ejercitar su derecho bajo alguna modalidad de acceso anticipado a la jubilación.

Por todo ello, considera esta Dirección General que la modalidad de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo regulada en el Capítulo I del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, no afectaría al específico régimen de compatibilidad previsto para los profesionales colegiados que en el ejercicio de una actividad por cuenta propia, y al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, queden exentos de la obligación de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y opten o hubieran optado por incorporarse a una de las mutualidades de previsión social a las que la citada disposición legal posibilita su actuación como alternativas al alta en el expresado régimen especial.

EL DIRECTOR GENERAL



Rafael A. Barberá de la Torre

