



**INFORME DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA AL
PROYECTO DE ORDEN MINISTERIAL POR EL QUE SE PRETENDE
ESTABLECER LA INCOMPATIBILIDAD DE LA JUBILACIÓN Y LA
ACTIVIDAD DESARROLLADA POR CUENTA PROPIA**

PRIMERO.- Objeto de la reforma

El proyecto de Orden Ministerial tiene por objeto declarar de forma expresa la 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.

Según la memoria que acompaña al proyecto, la justificación para cambiar de criterio se basa en la modificación que hubo en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995 (por la Ley 50/98) en virtud de la cual, y a diferencia de la redacción anterior, desde el 1/01/1999 los profesionales colegiados que ejercen por cuenta propia quedan obligatoriamente incluidos en el ámbito del RETA, sin perjuicio de quedar encuadrados mediante alta en el RETA o en la Mutuality correspondiente, por haber ejercitado esa opción.

SEGUNDO.- Repercusión de la medida propuesta en la Abogacía.

Este Consejo General quiere dejar constancia de que esta proyectada regulación alcanza a una situación muy frecuente y que afecta directamente a los abogados, como profesionales colegiados que ejercen por cuenta propia y al mismo tiempo han estado en alguno de los regímenes de la seguridad social como trabajadores por cuenta ajena. Por citar alguno de los supuestos más frecuentes, se encuentran los abogados de empresa que compatibilizan con su actividad en el despacho privado.

Además esta nueva regulación obligaría a este colectivo a unificar la edad de jubilación para ambos sistemas (público y privado), sin tener en cuenta que han ido por caminos diferentes de cotización y sin olvidar la diferente naturaleza jurídica y financiera de las prestaciones públicas derivadas del sistema de la Seguridad Social y de las prestaciones derivadas de un sistema privado que, al generarse mediante la capitalización individual de las aportaciones privadas de cada mutualista no se pueden sustraer al derecho de percibirlas.

A este respecto, hay que mencionar que hay abogados que se vieron obligados a darse de alta en la Mutuality en el momento de su



colegiación y cuya edad de jubilación se fijó obligatoriamente a los 69 años, edad que a pesar de las reformas acometidas por el Gobierno no coincide con la del régimen general.

Esta situación ha sido declarada como compatible por la propia Seguridad Social, no sólo por la Resolución que menciona en la memoria de 6/11/1996 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sino que esta situación ha sido objeto de estudio por la Subdirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad, dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo (entidad que manda este proyecto de OM), dictando una Resolución de fecha 9/03/2001, así como por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en un informe de fecha 16-11-2001.

TERCERO.- Normativa aplicable y justificación de la medida

La Ley General de la Seguridad Social (LGSS) en su artículo 165 regula el régimen de las incompatibilidades de la jubilación y establece en su apartado 1 lo siguiente:

"El disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen."

Es decir, la incompatibilidad señalada como regla general tiene salvedades que deberán ser fijadas por ley o reglamentariamente.

Por su parte la Orden de 18/01/1967 reguladora de la jubilación establece en su artículo 16 que *"El disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General, o de alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, previstos en los números 2 y 3 del artículo 10 de la Ley de la Seguridad Social."*

Es decir, la prestación de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista en el que tenga que estar incluido para ello en el campo de aplicación del régimen general o del RETA.

El apartado 1 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995 (en su redacción dada por la Ley 50/98) establece que *"Quienes ejerzan una actividad por cuenta propia, en las condiciones establecidas por el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que requiera la incorporación a un Colegio Profesional cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el Régimen*



Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se entenderán incluidos en el campo de aplicación del mismo, debiendo solicitar, en su caso, la afiliación y, en todo caso, el alta en dicho Régimen en los términos reglamentariamente establecidos. Esta es la regla general.

Ahora bien, en el tercer párrafo de ese mismo apartado 1 establece que "No obstante lo establecido en los párrafos anteriores, quedan exentos de la obligación de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos los colegiados que opten o hubieren optado por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, siempre que la citada Mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre. Si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la Mutualidad correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad.

En la memoria se justifica el cambio interpretando que, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995 (en su redacción dada por la Ley 50/98), se entiende incluidos en el ámbito del RETA a los que ejerzan una actividad por cuenta propia que requiera la incorporación a un Colegio Profesional. De esta manera, de conformidad con el artículo 16 de la Orden 18/01/1967 reguladora de la jubilación, resultará incompatible la pensión de jubilación con ese trabajo del pensionista realizado por cuenta propia e incorporado a un Colegio profesional.

Sin embargo este profesional podrá estar exonerado del requisito de la afiliación/ alta en el RETA debiendo en su sustitución incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional.

CUARTO.- Problemas jurídicos de la medida

Este Consejo General muestra su oposición al proyecto pretendido por las razones que seguidamente se pasan a exponer:

1.- Evidentemente la justificación se basa una interpretación parcial y literal de la disposición adicional decimoquinta sin tener en cuenta la normativa aplicable en su conjunto en relación con la naturaleza y entidad de la Mutualidades de Previsión Social como alternativas al régimen público.



Consejo General de la Abogacía Española

Servicios Jurídicos

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

Nº Registro: RS-01999

Of.Registro:Recoletos

28/02/2011 10:27:18

Página: 5 de 5

REGISTRO SALIDA

Este Consejo General considera que sí existe una Ley que, como salvedad al principio general establecido en la LGSS, permite la compatibilidad de la jubilación con el ejercicio de la actividad por cuenta propia del profesional incorporado a la Mutualidad de Previsión Social.

En efecto, la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995 (en su redacción dada por la Ley 50/98) establece como una alternativa u opción del interesado, la posibilidad de incorporarse a una Mutualidad de Previsión Social "alternativa" para estos profesionales y diferente al RETA, que con su regulación particular quedará incluido en ella (en su propio ámbito de aplicación) y consecuentemente al margen del campo de aplicación del RETA, es decir, de la regla general del párrafo primero.

2.- La incompatibilidad pretendida no puede establecerse mediante Orden Ministerial y menos aún entendiendo que esa norma resulta ser el complemento de una disposición reglamentaria.

Así, sin duda, resulta forzada la introducción de un sistema de incompatibilidad por orden ministerial, cuando se trata de una materia reservada a la Ley, como es el percibo de las prestaciones de la seguridad social, siendo el reglamento la norma hábil en nuestro ordenamiento para desarrollar una Ley, previo informe del Consejo de Estado, constituyendo los supuestos de desarrollo directo por orden ministerial, casos anómalos desde la perspectiva de las fuentes del Derecho. Además, cabe destacar que no se identifica la disposición reglamentaria que complementa esa orden ministerial.

Por último, la incompatibilidad pretendida debería derogar normas esenciales aplicables a la legislación sobre Mutualidades de Previsión Social y que evidentemente no constan en el proyecto.

En este sentido, cabe señalar que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo de fecha 22 de junio de 2004 (REC 1/52/2003), estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Mutualidad General de la Abogacía, Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija (..), y anuló el párrafo segundo del artículo 17, apartado 2, del mismo, aprobado por el Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, declarando la compatibilidad de las prestaciones del régimen especial de trabajadores autónomos y las de la Mutualidad de la Abogacía.

Madrid a 24 de febrero de 2011.