

¿Es equiparable el SMI a la habitualidad a efectos del alta en el RETA?: el Alto Tribunal resuelve recurso de casación para la formación de jurisprudencia.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: Resuelve el Alto Tribunal en un recurso de casación objetivo para la formación de jurisprudencia que si los ingresos procedentes de una actividad económica son inferiores al SMI no se excluye la concurrencia de la habitualidad y que, por lo tanto, el alta en el RETA depende de la concurrencia de otros muchos indicios o factores que deben valorarse en cada caso; no obstante, si un autónomo "clásico" se jubila, la percepción de rendimientos netos por debajo del SMI sí impide que el alta sea obligada a la luz de lo establecido en el art. 213.4º TRLGSS.

Palabras clave: Alta. RETA. Habitualidad. Jubilación. Compatibilidad. Salario mínimo interprofesional.

Abstract: In an objective appeal for cassation for the formation of jurisprudence, the High Court ruled that if income from an economic activity is below the minimum wage (SMI), the existence of habitual employment does not preclude the existence of regular employment and, therefore, registration with the RETA depends on the existence of many other factors or indices that must be assessed in each case. However, if a "classic" self-employed person retires, the receipt of net income below the minimum wage does prevent registration from being mandatory under the provisions of Article 213.4 of the TRLGSS.

Keywords: Classification. RETA. Habitual status. Retirement. Compatibility. Minimum interprofessional wage.

I. Introducción

La habitualidad como nota que ha de caracterizar la actividad autónoma a efectos de obligar a dar de alta al sujeto que la efectúa en el RETA es un concepto jurídico indeterminado que no ha sido bien concretado por el legislador y cuya significación ha debido ser interpretada por la jurisprudencia; no obstante, los distintos pronunciamientos que hasta ahora lo han abordado -muchos de ellos de los años 80 y 90, y procedentes tanto de la Sala de lo Social como de la Sala de lo contencioso-administrativo y referidos a colectivos bien diferentes, particularmente los agentes y los subagentes de seguros- lo han hecho teniendo en cuenta las particularidades de cada actividad y en ocasiones la habitualidad se ha condicionado, exclusivamente o no, a la percepción de unos ingresos mínimos, no existiendo, hasta el momento, una jurisprudencia unánime a este respecto. En el pronunciamiento que comentamos el Alto Tribunal aborda directamente esta cuestión y resuelve que la percepción de

ingresos inferiores al SMI no excluye la concurrencia de la habitualidad a efectos del encuadramiento en el RETA y, por lo tanto, que deben valorarse otros muchos datos o indicios para determinar si aparece la habitualidad regulada en el art. 305 TRLGSS, aunque el caso aquí planteado es diferente porque la percepción de rendimientos netos inferiores al SMI sí excluye automáticamente el alta en el RETA al resultar aplicable el art. 213.4.º TRLGSS.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 941/2025, de 10 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación núm. 3013/2022.

ECLI:ES:TS:2025:3484.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmá. Sra. Dña. María Pilar Cancer Minchot.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El fallo de la sentencia recurrida ante el tribunal supremo

D. Rogelio es titular de una explotación pecuaria y ha estado de alta en el RETA - Sistema especial de trabajadores agrarios- desde el 1/01/2015 hasta el 31/08/2020. De conformidad con lo dispuesto en el art. 213.4.º TRLGSS pide la jubilación el 1 de septiembre de 2020 y en la misma fecha se da de baja en el RETA. Meses después, la Dirección Provincial de la TGSS -a través de la Resolución de 17 de febrero de 2021- le obliga a darse de alta en el RETA al entender que sigue reuniendo los requisitos que le obligan a ello. D. Rogelio interpone, entonces, un recurso de alzada que es desestimado y posteriormente un recurso contencioso-administrativo, el n.º 74/2021, recurso seguido en procedimiento ordinario ante la Sección Primera de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León, sede en Burgos. Según dicha Sentencia D. Rogelio no cumple en esa fecha las condiciones necesarias para que sea exigible su alta en el RETA a la vista de los arts. 305, 323 y 324 del TRLGSS y del art. 1.º de la Ley 20/2007.

Lo especialmente relevante de esta Sentencia es que se centra en si existe o no el presupuesto de la habitualidad en el trabajo realizado y/o si es necesario que se obtenga una retribución mínima con la actividad realizada de forma que haya de ponerse en relación dicha habitualidad con que la actividad reporte un mínimo de ingresos económicos (acreditativos de la dedicación de tiempo a la actividad). Así, se sostiene que aunque no es unánime la jurisprudencia al respecto, hay que atender al criterio de la retribución para entender que aparece la habitualidad y que cuando se supera el umbral del SMI percibido en un año natural se puede hablar de habitualidad; de esta forma, y *a sensu contrario*, dado que los rendimientos netos de D. Rogelio han sido negativos durante 2020, en ningún caso se puede considerar que la actividad cumpla el requisito de la habitualidad (FJ 7.º). Añade la Sala a lo anterior, a mayor abundamiento, que de acuerdo con el art. 213.4.º TRLGSS, si el percibo de la pensión permite la realización de estos trabajos y si quien realiza estas actividades no está obligado a cotizar, tampoco ha de estar dado de alta pues la obligación principal que se deriva de estar dado de alta es la de cotizar. Por esta razón el recurso es estimado y se rechaza la exigencia del alta en el RETA.

2. La admisión del recurso de casación objetivo para la formación de jurisprudencia y la cuestión a resolver por el alto tribunal

Contra dicha Sentencia la TGSS interpone recurso ante el Tribunal Supremo entendiendo que la cuestión planteada presenta un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Sostiene la TGSS que el parámetro de la retribución mínima es un dato más para calcular si la actividad es habitual o no, pero no excluye de la valoración el resto de elementos probatorios concurrentes poniendo de relieve, también, la inexistencia de una doctrina judicial uniforme al respecto.

En el Auto de 22 de noviembre de 2023^[1] el Alto Tribunal verifica la concurrencia del interés casacional e indica que el recurso va destinado a resolver las siguientes cuestiones:

1.^a) A determinar si el hecho de que los ingresos procedentes de una actividad económica sean inferiores al SMI es o no un elemento excluyente de la habitualidad de dicha actividad a efectos de dar por cumplidos los requisitos exigidos por el juego de los arts. 305 y 323 del TRLGSS y del art. 1.º de la Ley 20/2007 para concluir el alta en el RETA.

2.^a) En caso afirmativo, a precisar si la cuantía que ha de considerarse a efectos del cálculo de aquellos ingresos ha de ser la cuantía bruta o neta.

IV. Posición de las partes

La TGSS sostiene que el hecho de que los ingresos procedentes de una actividad económica sean inferiores al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) no es un elemento directamente excluyente del concepto de «habitualidad» de dicha actividad y, por tanto, de la procedencia de alta en el RETA, sin que importen otros elementos probatorios; por el contrario, entiende que el criterio de la retribución mínima es un dato más para calcular si la realización de la actividad económica es habitual o no, pero no el único, debiendo ser valorados al efecto todos los elementos probatorios que puedan contribuir a considerar habitual la actividad económica puesto que lo contrario constituiría una aplicación sumamente restrictiva del concepto de habitualidad y, dada su importancia, debería haberse plasmado expresamente por el legislador. La TGSS discrepa también de que para saber si la renta obtenida por la actividad económica es inferior al salario mínimo interprofesional se deba atender al rendimiento neto de la misma. Defiende, por el contrario, que ha de tomarse en consideración el rendimiento bruto.

Por su parte, la representación procesal del Sr. Rogelio se opone al recurso de casación al entender que resulta aplicable la doctrina emanada de la Sentencia de 29 de octubre de 1997 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, respecto al requisito de la habitualidad ya que el Alto Tribunal entiende aquí que la percepción de una retribución inferior al 75% es un dato trascendente -no determinante por sí mismo, sino, a falta de otros, «el indicador adecuado de habitualidad»- para integrar tal concepto y por ello determina que unos rendimientos inferiores al mismo excluyen el requisito de habitualidad. Asimismo, entiende D. Rogelio que ha de acudirse también a la STS -Sala de lo Social- de 20 de Marzo de 2007, pronunciamiento en el que se establece que la actividad del autónomo ha de tener por finalidad la transformación de bienes y servicios «a través de los cuales se obtengan los bienes económicos o materiales necesarios para la subsistencia» o ha de procurar un interés crematístico, que si bien puede ser un concepto tangencial para definir la habitualidad, también abunda sobre la misma idea ya que si no existe un resultado económico o éste es insuficiente, se trataría de un trabajo marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida, como así acaece en nuestro caso, y la consecuencia sería la misma: la exclusión del ámbito del RETA aunque fuera por la aplicación analógica del art. 7.5 de la LGSS, que prevé la exclusión de tales tipos de trabajo del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social. Finalmente, respecto de la cuantía a la que hay que atender para determinar la habitualidad, la representación procesal de D. Rogelio sostiene que ha de tomarse en consideración el rendimiento neto. Señala que esa

conclusión es la que procede a la vista de la redacción vigente del artículo 324 TRLGSS, precepto en el que se maneja el parámetro «renta» y que para conocerlo hemos de acudir a las normas fiscales.

V. Normativa aplicable al caso

Sobre el marco normativo aplicable señala el Alto Tribunal que hay que atender al contenido de los siguientes preceptos del TRLGSS, el RD legislativo 8/2015: arts. 7.º, 305, 323, 324, 318.d), 213.4.º y arts. 50 y 59. Igualmente hay que acudir al art. 1.º de la Ley 20/2007, de 11 de julio, a los arts. 1.º y 2.º de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del REA en el RETA y a la DA 4.ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, Ley de reformas urgentes del trabajo autónomo.

VI. Doctrina básica. la resolución de la cuestión de interés casacional planteada

1. La asunción de la doctrina acerca de la habitualidad en la actividad de diferentes colectivos, en particular de subagentes y agentes de seguros

Analiza el Tribunal, lo primero, diferentes Sentencias, tanto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo como de la Sala de lo Social, pronunciamientos en los que el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre el alcance del concepto de habitualidad de forma diferente atendiendo al colectivo al que la misma se refiere.

Así, se acude concretamente a las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 21 de diciembre de 1987^[2] y de 2 de diciembre de 1988^[3], referidas a subagentes de seguros, en las que, en un primer momento, se vincula la habitualidad con las notas de cotidianidad y de principalidad productiva de la actividad del trabajador, estableciendo una expresa distinción entre el carácter habitual y el carácter periódico de los trabajos. Posteriormente se dicta la Sentencia de la Sala de lo Social de 29 de octubre de 1997^[4] -también referida a subagentes de seguros- en la que se profundiza en la posibilidad de verificar la habitualidad de la actividad a partir de indicadores retributivos y en la que el Tribunal usa los ingresos para indagar en la existencia de habitualidad al entender que se trata de un parámetro de referencia de más fácil cómputo y verificación que el parámetro temporal y se añade a lo anterior que la superación del umbral del SMI sí puede ser, aquí, indicador adecuado de habitualidad. Algunos años más tarde la Sentencia de 9 de diciembre de 2003^[5] matiza la anterior doctrina y tras señalar que el criterio de la habitualidad precisa de una determinación para la que se ha establecido jurisprudencialmente el importe del salario mínimo interprofesional, añade que ello no quiere decir que deba establecerse una equiparación conceptual entre la habitualidad y un determinado nivel de ingresos, sino que estos últimos constituyen un indicio de que se viene trabajando con regularidad en el ejercicio de la función de los subagentes de seguros. Pero el criterio de la habitualidad, tal como se viene exigiendo para la afiliación a la Seguridad Social de los subagentes de seguros no es aplicable a los agentes de seguros, ya que subagentes y agentes se encuentran en posiciones distintas ya que el agente mantiene con la compañía aseguradora un contrato de agencia que supone la asunción de una actividad de promoción de manera continuada o estable, lo que no sucede en el caso de los subagentes de seguros, que solamente asumen una colaboración con los agentes, por tanto en el caso del agente de seguros no hace falta acudir a la percepción de un determinado nivel de ingresos ya que dicha habitualidad se desprende de la propia normativa que regula el contrato de agente de seguros para el que se establece que el trabajo se ha de desempeñar con continuidad y estabilidad. Finalmente, la Sentencia de lo Social de 20 de marzo de 2007^[6], recaída en torno al caso de un vendedor ambulante de menaje de cocina, vuelve a usar y dar relevancia el dato de la percepción de ingresos inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional en los últimos años para negar la existencia de habitualidad, a pesar de que el autónomo recibe todos los años ingresos, aclarándose que la mera reiteración de la percepción de ingresos no determina que aparezca dicha nota en la actividad desempeñada.

Así pues, a la vista de tales pronunciamientos cuya doctrina es asumida por el Alto tribunal, se concluye que la habitualidad no puede identificarse, en todo caso, con la superación de un determinado nivel de ingresos; si bien la comparación de éstos con la cifra del salario mínimo interprofesional constituye un elemento o indicio apto para analizar la concurrencia del requisito de habitualidad, cuyo mayor o menor vigor debe apreciarse en atención a la normativa reguladora y las características propias de cada actividad.

2. *El art. 213.4.º TRLGSS no es una concreción de la habitualidad a efectos del alta en el RETA pero sí impide el alta cuando se perciban rendimientos inferiores al SMI*

Sentado lo anterior, la Sala precisa que el presente caso contiene una especialidad que consiste en que D. Rogelio, trabajador cuya alta en el alta se cuestiona, está jubilado y percibe pensión de jubilación contributiva resultando de aplicación el art. 213.4.º TRLGSS, un precepto que introduce una regulación que, en primer lugar, permite compatibilizar trabajo y jubilación promoviendo el denominado “envejecimiento activo”, que, en segundo lugar, constituye un supuesto específico de excepción a la regla general de incompatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación diferente de la jubilación parcial, de la jubilación activa y de la llamada jubilación flexible, y que, en tercer lugar, es aplicable al RETA por señalarlo así expresamente el art. 318.d) TRLGSS. Pues bien, esta disposición plantea una cuestión que la Sala entiende que debe resolver aunque no haya sido, como tal, expresada por las partes en sus escritos y que consiste en dar respuesta a si este precepto puede suponer, o no, una concreción del requisito de habitualidad para el encuadramiento en el RETA, estableciendo la cifra del salario mínimo interprofesional como parámetro determinante de aquella habitualidad, aunque a priori parezca que dicha disposición queda circunscrita a regular la compatibilidad de la pensión de jubilación con trabajos del pensionista, es decir, en materia de prestaciones.

La Sala argumenta, así, en primer lugar, que el tenor literal del precepto no resulta concluyente, pero si no existe obligación de cotización por las actividades compatibles previstas en el artículo 213.4 TRLGSS y éstas no generan nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social sí parecería posible contemplar, preliminarmente, que este precepto puede proyectar efectos sobre las condiciones de inclusión en el campo de aplicación y alta en el régimen correspondiente, en nuestro caso, el RETA y, especialmente a la vista de la jurisprudencia antes enunciada, para delimitar el requisito de habitualidad.

Sin embargo, sostiene el Tribunal que el criterio sistemático se opone a lo anterior ya que: i) estas previsiones se encuentran en un Título diferente al que contiene las disposiciones del RETA en el TRLGSS; (ii) su aplicación a las prestaciones del RETA se realiza en virtud de un precepto-el artículo 318.d) TRLGSS- que versa sobre la acción protectora del régimen (capítulo III del Título IV del TRLGSS) y, por tanto, ajeno a la que reglamenta el campo de aplicación y la cotización (capítulos I y II del Título IV del TRLGSS) y (iii) en definitiva, el artículo donde se sitúa -213.4 TRLGSS- regula, específicamente, la compatibilidad de la pensión de jubilación -no de otras prestaciones- con determinados trabajos por cuenta propia. Por ello, es razonable afirmar que, si el legislador hubiera pretendido matizar o concretar, con carácter general, el requisito de la habitualidad contenido en el artículo 305 del TRLGSS para el encuadramiento en el RETA, así lo habría declarado de forma clara e inequívoca, incluso modificando directamente este último precepto donde propiamente se contempla el requisito controvertido.

Y, en apoyo a lo anterior se añaden dos argumentos más: el primero, que la intención del legislador al modificar el precepto no es otra que la de permitir la compatibilidad de la jubilación con ingresos marginales y, el segundo, que el propio legislador incluye la DA 4ª en la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo, DA destinada a la procedencia de estudiar en sede de subcomisión parlamentaria, *«la determinación de los diferentes elementos que condicionan el concepto de habitualidad a efectos de la incorporación a dicho régimen. En particular, se prestará especial atención a los trabajadores por cuenta propia cuyos*

ingresos íntegros no superen la cuantía del salario mínimo interprofesional, en cómputo anual», una previsión que habría resultado fútil si el legislador hubiera entendido ya resuelta la cuestión con la regla incorporada en el actual artículo 213.4 del TRLGSS.

Por tanto, la conclusión que alcanza la Sala es que, con carácter general, el hecho de que los ingresos procedentes de una actividad económica sean inferiores al salario mínimo interprofesional no es un elemento excluyente de la habitualidad de dicha actividad a efectos de dar por cumplidos los requisitos exigidos por el juego de los artículos 305 y 323 del TRLGSS y del art. 1.º de la Ley 20/2007, de 11 de julio, para concluir la improcedencia del alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Ahora bien, eso no significa que el art. 214.3.º TRLGSS opere de forma estanca e impermeable a los requisitos del alta en el RETA, ni pueden preterirse las disposiciones del art. 213.4.º, porque ello vaciaría de contenido a este último, neutralizando la finalidad por la que se introdujo la norma.

En definitiva, la Sala efectúa una interpretación integrada de ambos preceptos y ello conduce a concluir lo siguiente: El régimen de compatibilidad que prevé el artículo 213.4 del TRLGSS no concreta, con carácter general, el requisito de habitualidad de las actividades por cuenta propia previsto en el artículo 305 TRLGSS. No obstante, sí condiciona el encuadramiento y alta en el RETA, impidiéndolos, cuando concurra el supuesto de hecho normativamente previsto, es decir, cuando se perciba una pensión de jubilación y se realicen trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Y se añade a lo anterior que dicho criterio es coherente con el artículo 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos^[7], y que esta conclusión puede entenderse reforzada también por el principio inspirador del artículo 7.5 del TRLGSS^[8]. Y ello porque, si la ley habilita al Gobierno a excluir del campo de aplicación de un régimen de la Seguridad Social a determinados trabajos que se consideren marginales en atención a la jornada o a la retribución, con mayor razón esto es posible y procedente cuando es la propia ley - aquí, el artículo 213.4 TRLGSS- la que lo contempla, aun cuando lo haga con una redacción algo imprecisa.

3. La afectación de la doctrina sentada y del art. 213.4.º TRLGSS hacia el autónomo «clásico» excluyendo al autónomo societario

Para evitar que se susciten interrogantes el Tribunal añade a lo anterior que esta conclusión es coherente con la doctrina sentada por la Sala de lo Social de este Tribunal en Sentencias como la de la STS n.º 590/2022, pronunciamiento que excluye la aplicación del actual art. 213.4 TRLGSS por tratarse de un «autónomo societario» - apartado segundo del art. 305 TRLGSS- y no de un «autónomo clásico» - apartado primero del art. 305 TRLGSS- dado que en el caso del autónomo clásico el alta lo es por el desarrollo de una actividad específica que no genera obligación de cotizar por prestaciones ni va a generar prestaciones en ese ámbito de la seguridad social, mientras que en el caso del autónomo societario el alta en el RETA se produce por el desarrollo de una actividad societaria, una doctrina que se refleja en el pronunciamiento del Alto Tribunal de 23 de julio de 2021^[9] ya que el autónomo societario no presta servicios por cuenta propia sino que lo hace por cuenta de la sociedad de capital, que es quien corre exclusivamente con los gastos del negocio y solo el autónomo “clásico” asume los riesgos del negocio.

4. Los ingresos computables a efectos de la aplicación del art. 213.4.º TRLGSS son los netos

Aunque la Sala admite que la cuestión referida a precisar si la cuantía que ha de considerarse a efectos del cálculo de ingresos (bruta o la neta) solo debería resolverse si hubiéramos concluido que el hecho de que los ingresos procedentes de una actividad económica sean inferiores al Salario Mínimo Interprofesional sí es un elemento excluyente de la habitualidad de dicha actividad, entiende que es una

cuestión que debe resolverse igualmente ya que el cómputo de los referidos ingresos es relevante a efectos de la aplicación del art. 213.4 TRLGSS, que -como también hemos concluido- excluye el alta en el RETA cuando se trate de un jubilado con pensión contributiva que desempeñe un trabajo por cuenta propia y no se superen los límites cuantitativos de ingresos allí previstos.

Se trata, pues, de determinar si, a los exclusivos efectos del artículo 213.4 TRLGSS, para analizar la compatibilidad de la pensión con los trabajos por cuenta propia que en él se contemplan, deben tomarse en consideración los ingresos anuales brutos o los netos. Y, a este respecto se acude a los arts. 50^[10] y 59.1.º^[11] del TRLGSS ya que estos preceptos imponen que de los rendimientos íntegros procedentes del trabajo, de capital y de actividades económicas percibidos por el pensionista y computados en los términos establecidos en la legislación fiscal se excluyan los gastos deducibles de acuerdo con dicha legislación, una regulación que es inequívoca y que se introduce por la Ley 27/2011, la misma Ley que introdujo el apartado 4 del art. 165 del TRLGSS de 1994, antecedente del 213.4 TRLGSS aquí aplicado; no hay, pues, indicación alguna de que el legislador pretendiese sustraer de esta forma de cómputo, los requisitos cuantitativos establecido para la aplicación de esta compatibilidad, cuando reguló un extremo y otro en el mismo instrumento normativo.

En consecuencia, a los efectos del art. 213.4 TRLGSS, los ingresos anuales deben computarse conforme a los parámetros fijados por la legislación fiscal y en términos netos, es decir, excluyendo de los rendimientos íntegros los gastos deducibles de acuerdo con dicha legislación fiscal. La mención que el precepto hace a los ingresos anuales «totales» no contradice lo anterior ni puede interpretarse como referencia a los ingresos brutos, sino que ello solamente impone que se tomen en consideración los ingresos de todos los trabajos por cuenta propia en conjunto y no de forma aislada para cada trabajo o actividad.

VII. Pasajes decisivos

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a las cuestiones planteadas en este recurso de casación que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, y en interpretación de los artículos 305, 323, 213.4 y 50 y 59 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, declara:

1.- El hecho de que los ingresos procedentes de una actividad económica sean inferiores al Salario Mínimo Interprofesional no es, con carácter general, un elemento excluyente de la habitualidad de dicha actividad a efectos de dar por cumplidos los requisitos exigidos por el juego de los artículos 305 y 323 del TRLGSS y del artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio para concluir la procedencia del alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos; si bien la comparación de los ingresos con la cifra del Salario Mínimo Interprofesional constituye un indicio apto para analizar la concurrencia del requisito de habitualidad, cuyo mayor o menor vigor debe apreciarse en atención a la normativa reguladora y las características propias de cada actividad.

2.- Ahora bien, cuando sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 213.4 del TRLGSS, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el encuadramiento y alta en el RETA del pensionista de jubilación no procede cuando concurra el supuesto de hecho allí previsto, es decir, que perciba una pensión de jubilación contributiva y realice trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual; sin que proceda, en tal caso, analizar la concurrencia o no del requisito de habitualidad.

3. A los efectos del artículo 213.4 del TRLGSS, los ingresos anuales deben computarse conforme a los parámetros fijados por la legislación fiscal y en términos netos, es decir, excluyendo de los rendimientos íntegros los gastos deducibles de acuerdo con dicha legislación fiscal.

VIII. Aplicación de la doctrina al supuesto de autos

Aplicando dicha doctrina al supuesto de autos, procedería, en principio, estimar el recurso de casación sobre la sola constatación de que los ingresos del pensionista no superaban la cifra del salario mínimo interprofesional. Ahora bien, aunque la argumentación de la sentencia recurrida no se cohonestaba exactamente con la que hemos establecido, su decisión estimatoria del recurso contencioso-administrativo debe ser mantenida, con desestimación del recurso de casación, en aplicación de la doctrina sobre el principio de efecto útil del recurso de casación, que, en síntesis, impide que prospere éste cuando, pese a no ser conformes a Derecho los argumentos y razonamientos de la sentencia recurrida, bien en todo o en parte, de forma que ello no deba traducirse en el éxito de la pretensión estimatoria en casación, por ser ajustada a Derecho la decisión final. En efecto, en este caso, D. Rogelio se encontraba en situación de pensionista, por lo que resulta de aplicación el artículo 213.4 TRLGSS que, como hemos afirmado, condiciona el encuadramiento y alta en el RETA del pensionista de jubilación, impidiéndola cuando perciba una pensión de jubilación y realice trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Y a los efectos del artículo 213.4 TRLGSS, y por aplicación de los arts. 50 y 59 TRLGSS, los ingresos anuales deben computarse conforme a los parámetros fijados por la legislación fiscal y en términos netos, es decir, excluyendo de los rendimientos íntegros los gastos deducibles de acuerdo con dicha legislación fiscal, y dado que dichos rendimientos eran negativos, no se superaba la cifra del salario mínimo interprofesional, lo que impide, por mor del artículo 213.4 del TRLGSS, el encuadramiento y alta en el RETA por dichas actividades, sin que resulte relevante analizar, por consiguiente, la concurrencia o no del requisito de habitualidad.

IX. Comentario

Nuestro Sistema de Seguridad Social es público y obligatorio, lo que significa que cuando aparecen los presupuestos que delimitan la existencia de una actividad autónoma descrita por la norma se obliga a que el sujeto deba encuadrarse, se dé de alta y cotice al Régimen correspondiente. A efectos del RETA -y del SETA también, ya que los arts. 323 y 324 se remiten al art. 305 TRLGSS- el precepto clave en el que aparecen las notas que debe acreditar un trabajador autónomo para encuadrarse en el RETA es el actual art. 305 TRLGSS, norma reiterada casi en los mismos términos en el art. 2.º de la Ley 20/2007 y que repite también lo que ya decía el arcaico y preconstitucional Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.

Así, como podemos leer en el art. 305 TRLGSS, están incluidas en el RETA 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. De esta forma, la actividad económica o profesional del autónomo “clásico” debe aparecer y debe efectuarse de forma personal y directa y, además tiene que realizarse a título lucrativo o generar un beneficio económico y debe existir dicha actividad forma habitual, habiendo sido esta última, la habitualidad que se le exige el autónomo, el concepto jurídico indeterminado que no ha sido suficientemente explicitado por el legislador y sobre el que la jurisprudencia del Alto Tribunal no parecía haber trazado, hasta ahora, una doctrina unánime o, al menos, suficientemente explícita^[12].

Literalmente la habitualidad haría referencia a un hábito y exigiría regularidad; el problema ha sido que, por motivos obvios, no siempre es fácil tener indicios para saber si una actividad autónoma se desarrolla con dicha continuidad o regularidad; por eso, los Tribunales han conectado muy frecuentemente la percepción de rendimientos con la aparición de la habitualidad y si aparecen altos rendimientos todos los meses es claro que la habitualidad aparece; pero no existe una medida de dicha habitualidad y hay ciertas actividades en las que no contamos con otros indicios -excepto el elemento retributivo- desde de los que deduzcamos que la actividad se desarrolla regularmente. De ahí que el Alto Tribunal señalara hace ya muchos años que la percepción de los

rendimientos puede ser un indicio de habitualidad y hasta se usó la cuantía del SMI como medida de habitualidad que excluye el alta en el RETA en dos colectivos muy particulares: en el caso de los subagentes de seguros y en el caso de los vendedores ambulantes. Pero eso no significa, como claramente concluye ahora la Sentencia del Alto Tribunal que aquí comentamos, que si los rendimientos que se cobran están por debajo del SMI desaparezca la habitualidad automáticamente -tal como se concluye en la Sentencia del TSJ aquí recurrida- y, por tanto, que no deba darse de alta al sujeto en el RETA. Por lo tanto, el que los ingresos procedentes de una actividad sean inferiores al SMI no es un elemento excluyente de la habitualidad; no obstante, lo anterior no significa que la comparación de los ingresos con la cifra del SMI sí sirva como un indicio apto para analizar la concurrencia del requisito de habitualidad, aunque el vigor de dicha habitualidad se aprecie realmente a tenor de la normativa reguladora y de las características de la actividad, de manera que la conclusión puede ser diferente en cada caso y, por tanto, no hay una solución automática o unívoca. Así pues, el SMI serviría como un indicio más, pero no es el único de la existencia de habitualidad.

No obstante, hay ciertas normas que acuden al SMI como parámetro y podrían conducir a soluciones diferentes. Así ocurre precisamente con el art. 213.4.º TRLGSS, precepto que no obliga a cotizar por las actividades cuyos ingresos anuales totales no superen el SMI cuando se compatibilice la jubilación con el trabajo autónomo: ¿podría servir este precepto para concretar el requisito de habitualidad para el encuadramiento en el RETA? El Alto tribunal entiende que no y concluye que si el legislador hubiera querido concretar la habitualidad del art. 305 TRLGSS tendría que haberlo declarado así de forma clara e inequívoca en el mismo precepto. Pero el art. 213.4.º TRLGSS sí condiciona el encuadramiento y el alta en el RETA impidiéndola cuando se perciba una pensión de jubilación y se realicen trabajos por cuenta propia cuyos rendimientos netos anuales no superen el SMI, supuesto que es, precisamente, el que concurre aquí.

X. Apunte final

Queda claro, pues, que la habitualidad o el alta en el RETA no puede condicionarse a la percepción de rendimientos y que el legislador ya ha renunciado a regular el trabajo autónomo a tiempo parcial ya que el nuevo sistema de cotización por rendimientos reales serviría para cubrir las situaciones en las que la actividad autónoma proporciona escasos rendimientos, norma que curiosamente nos conduce a que se exija cotizar si los rendimientos son inferiores a 670 euros mensuales, lo que rebajaría ese indicio de habitualidad por debajo del límite del SMI^[13]. Por lo demás, existen otras normas del RETA que siguen haciendo uso de la vara de medir del SMI para proporcionar beneficios a los autónomos con escasos recursos, valga así, como ejemplo, la prórroga de la tarifa plana que pueden disfrutar los autónomos que perciban rendimientos por debajo del SMI -art. 38.ter.2 de la Ley 20/2007-.

Referencias:

1. ^ N.º recurso 3013/2022.
2. ^ N.º rec. 688/1987.
3. ^ N.º rec. 2705/1987.
4. ^ N.º rec. 406/1997.
5. ^ N.º rec. 895/2002.
6. ^ N.º rec. 5006/2005.
7. ^ *Que señala lo siguiente: «1. El disfrute de la pensión de vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta propia o ajena,*

que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial del Régimen General o de alguno de los demás Regímenes Especiales a que se refiere el artículo 10 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974».

8. [^] «5. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores del presente artículo, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y oídos las organizaciones sindicales más representativas o el colegio oficial competente, podrá, a instancia de los interesados, excluir del campo de aplicación del régimen de la Seguridad Social correspondiente, a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida».
9. [^] N.º rec. 842/2021
10. [^] «Artículo 50. Cómputo de ingresos a efectos del reconocimiento o mantenimiento del derecho a prestaciones. Cuando se exija, legal o reglamentariamente, la no superación de un determinado límite de ingresos para el acceso o el mantenimiento del derecho a prestaciones comprendidas en el ámbito de la acción protectora de esta ley, distintas de las pensiones no contributivas y de las prestaciones por desempleo, se considerarán como tales ingresos los rendimientos del trabajo, del capital y de actividades económicas y las ganancias patrimoniales, en los mismos términos en que son computados en el artículo 59.1 para el reconocimiento de los mínimos de pensiones».
11. [^] «A efectos del reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas de la Seguridad Social, de los rendimientos íntegros procedentes del trabajo, de capital y de actividades económicas percibidos por el pensionista y computados en los términos establecidos en la legislación fiscal, se excluirán los gastos deducibles de acuerdo con dicha legislación».
12. [^] Vid. a este respecto, LOPEZ ANIORTE, M.C., *El difuso concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo. De la eventual cuantificación económica de la "habitualidad" al reconocimiento del trabajo autónomo a tiempo parcial*, Relaciones Laborales, n.º 9, 2013 o BALLESTER PASTOR, I., *¿Existe una medida de "habitualidad" objetiva que obligue al encuadramiento de los trabajadores autónomos en el RETA? ¿Existe para los subagentes de seguros?* Aranzadi Social, n.º 5, 2002.
13. [^] Vid. DT 1ª del RDL 13/2022, de 26 de julio.