



PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REINTERPRETACIÓN DE LA FALTA DE INGRESOS COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.^a, de 20 de marzo de 2007

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

Universidad de Málaga

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO

Doctorando del programa «Investigación y marketing» de la UMA

SUPUESTO DE HECHO: El actor solicitó baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomo (en adelante, RETA) ante la Tesorería General de la Seguridad Social, quien denegó la solicitud alegando que no consta suficientemente acreditado el cese de la actividad. Sin embargo, el trabajador consideró que no existía obligación de alta en el RETA ya que sus ingresos eran inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional. Por ello interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Albacete que entendió que el actor realizaba una actividad por cuenta propia de modo habitual, personal y directo y a título lucrativo, y que, por tanto, debía estar incluido en el RETA.

Frente esta resolución el actor formuló recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, declarando éste la baja en el RETA como procedente. Pero dicha resolución no es compartida por la Tesorería que interpone recurso de casación para la unificación de doctrina alegando que la sentencia es contradictoria con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de enero de 2000 y que, además, se vulnera el art. 2 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto.

RESUMEN: El art. 2 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto, especifica como requisitos imprescindibles que el trabajo se realice de forma personal y directa y a título lucrativo, así como de manera habitual, con el fin de poder encuadrar a un trabajador dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. La presente sentencia versa sobre el requisito de la habitualidad.

En su decisión, el Tribunal Supremo (Rec. 5006/2005. Ponente: D. Luis Gil Suárez) tiene en consideración los fundamentos desarrollados en la STS 29-10-1997, donde se estima que la referencia del Salario Mínimo Interprofesional a fin de fijar la habitualidad de la actividad es el mejor medio para probar la misma. A este respecto se alega además que la mejor forma de medir la habitualidad de la actividad en los trabajadores por cuenta propia es la relativa a los ingresos puesto que, de forma general, en estos casos la correlación entre el tiempo de trabajo invertido y el beneficio económico obtenido suele ser estrecha. Además, añade que el hecho de tan reducidos ingresos por la actividad en litigio, a pesar de obtenerlos anualmente de forma regular, no demuestran que lo fueran con carácter mensual y, en cualquier caso, al ser tan mínimos pueden ser considerados como complementarios de cualquier otra actividad.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. UN BREVE RECORDATORIO DE LAS CONDICIONES DE ACCESO AL RETA
3. EN ESPECIAL, SOBRE LA HABITUALIDAD
4. SOBRE LA NECESIDAD DE CORREGIR ESTE CRITERIO INTERPRETATIVO
5. EL ESTATUTO DE TRABAJADOR AUTÓNOMO: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

1. INTRODUCCIÓN

La doctrina que se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 que ahora se comenta no es nueva. Han sido ya en varias resoluciones de esa misma sala de lo social las que, creando jurisprudencia, han venido a confirmar que el criterio del montante de las retribuciones percibidas por el trabajador autónomo es un criterio apto para apreciar el requisito de habitualidad, condición «sine qua non» para la inclusión en el campo de aplicación del RETA.

Desde una perspectiva histórica, por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, salvo la protección establecida por la Ley de 10 de febrero de 1943 que estableció el Régimen Especial Agrario en el que se incluían también a los trabajadores autónomos, no es hasta 1960 con el Decreto 1167/1960, de 23 de junio, cuando se produce la extensión de los beneficios del mutualismo laboral a los trabajadores autónomos y artesanos. Y es que, de

un lado, la puesta en marcha de los seguros sociales tenía inicialmente como objeto la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores por cuenta ajena, por lo que se trataba de aplicar las técnicas de los seguros a los riesgos sociales procurando prestaciones sustitutivas de los salarios dejados de percibir. De otro, porque la inclusión de los trabajadores por cuenta propia en el sistema de previsión social planteaba un problema de financiación, derivada de las propias características consustanciales a esta forma de prestar servicios profesionales.

Así pues, el mutualismo obrero fue la forma de inclusión de los trabajadores autónomos en el sistema de protección social, justificándose ello en la necesidad de protección de los mismos por su débil capacidad económica y en la toma en consideración de las reiteradas peticiones de acceso al sistema que venía formulando el colectivo de trabajadores autónomos¹.

Pero, en cualquier caso, la inexistencia de empresario que soportara una parte de las cotizaciones suponía que el trabajador autónomo (que en la mayoría de los casos tenía una débil capacidad económica) debía asumir la totalidad de la cuota. Para resolver esta situación, como recuerda CERVILLA GARZÓN, o bien el estado subvencionaba parte de la misma, lo cual no parece que fuera viable en términos económicos, o bien se solicitaba la afiliación voluntaria para aquellos con mejores posibilidades económicas².

Desde los inicios, en nuestro sistema, las fórmulas legislativas adoptadas para la inclusión de los trabajadores autónomos en el sistema de protección social se configuraron de modo obligatorio para aquéllos que cumplieran una serie de requisitos. Y es que, desde el primer momento, se establecieron condiciones o requisitos para que tales trabajadores pudieran acceder al sistema³, siguiéndose esta idea desde la Ley de Bases de la Seguridad Social (Base 2.^a, apartado 5 b) hasta la actualidad⁴. El art. 10. 1 de la

¹ Véase más extensamente, CAVAS MARTÍNEZ, F. y CÁMARA BOTÍA, A. *La acción protectora de Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Thomson-Aranzadi, Elcano, 2005, págs. 27 y siguientes.

² En *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el sistema español de Seguridad Social*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2005, pág. 33.

³ En aquella época exigía ser menor de 55 años y estar afiliados al sindicato vertical, impidiendo la inclusión en los casos de que ese trabajador se encontrase encuadrado como trabajador por cuenta ajena en otra mutualidad o tuviera a su servicio más de seis asalariados.

⁴ La LBSS incluía dentro del campo de aplicación del sistema a los «trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de 18 años, que figuren integrados como tales en la entidad sindical a la que corresponda el encuadramiento de su actividad y reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen». En la actualidad, el art. 7.1b) de la LGSS delimita el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de 18 años, que reúnan los requisitos de de modo expreso se determinen reglamentariamente.

LGSS establece, como es conocido, que los regímenes especiales se establecerán en actividades profesionales en las que se hiciere preciso para la adecuada aplicación de los beneficios del sistema de Seguridad Social, atendiendo a su naturaleza, a sus peculiares condiciones de tiempo y lugar, o a la índole de sus procesos productivos.

Finalmente, recordar que la concreción de requisitos o condiciones de acceso se contempla en el art. 2.1 del Decreto 2530/1970, de 20 agosto 1970, del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, que indica que: «A los efectos de este régimen especial, se entenderá como trabajador por cuenta propia o autónomo aquel que realiza de forma habitual; personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otra persona». En este artículo se enumeran sin entrar en detalle, y es este hecho el que ha propiciado numerosas sentencias al respecto de su interpretación, las características necesarias para que una actividad pueda ser considerada propia del trabajador autónomo.

Recientemente, y con posterioridad a que se dictara la sentencia en cuestión, se ha aprobado una nueva ley, de Estatuto del Trabajador Autónomo (y que aún no ha entrado en vigor)⁵, que viene a configurar un marco general y específico de toda la normativa sobre trabajadores autónomos que se encontraba disgregada a lo largo del ordenamiento jurídico. En su artículo 1.1 se da una nueva redacción a la definición de trabajador autónomo o por cuenta propia, y es la que sigue: «La presente Ley será de aplicación a las personas físicas 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». Además, amplía su campo de acción a otras situaciones, en las que no nos centramos por no afectar directamente a la materia objeto de este comentario.

Como se aprecia, al margen de lo comentado en torno a los familiares, la nueva definición no aporta nada nuevo al concepto. En lo referente a la sentencia en cuestión y en su apreciación sobre la habitualidad, la nueva ley no viene a definirla ni interpretarla por lo que continuaremos entendiendo por «habitualidad» lo recogido en la doctrina jurisprudencial.

Estas condiciones de acceso, que continuaban siendo las mismas, el tener que soportar las cotizaciones y la muy limitada protección inicial llevó consigo el que numerosos autónomos, a pesar de estar obligados a darse de alta en el sistema, no se encuadraran, justificando ello, en no pocas ocasiones, en la falta de cumplimiento de alguno de los requisitos exigidos para el acceso.

⁵ En el momento de finalizar este comentario se había aprobado la norma en el Congreso, y hemos utilizado el texto aprobado en dicha sede, pero no se ha publicado aún.



Pero lo cierto es que, en el RETA no hay libertad para estar o no estar. Cumplidos los requisitos para acceder al sistema, la inclusión es obligatoria en su campo de aplicación⁶.

2. UN BREVE RECORDATORIO DE LAS CONDICIONES DE ACCESO AL RETA

Como acaba de decirse, la inclusión en el RETA lo es de forma obligatoria para los trabajadores autónomos que cumplan una serie de requisitos*. En la sentencia que se comenta lo que se pretende por parte del trabajador autónomo, dedicado a la venta ambulante de menaje de cocina, es, precisamente, lo contrario darse de baja en dicho régimen por no cumplirse todos los requisitos exigidos para el acceso al mismo.

Dejando de lado, elaboradas tesis doctrinales que distinguen los requisitos de ámbito objetivo de los requisitos de ámbito subjetivo⁷, nos centraremos brevemente en el comentario de los exigidos en el art. 2.1 del Decreto 2530/1970.

— El trabajo autónomo habrá de ser realizado de forma personal y directa: el trabajador autónomo realiza su actividad de manera personal y directa, con independencia de que puedan participar más personas (trabajadores o no) en dicha actividad. Esta característica es la que lo identifica como un trabajador por cuenta propia al desarrollar su tarea sin que medie en forma alguna las notas propias y características de la ajenidad.

Esto implica que el autónomo es el dueño de los recursos necesarios para producir o prestar el servicio, por lo que asume los riesgos de los resultados de la actividad económica que realiza⁸. Se tiene la idea de que el trabajador autónomo es su propio empresario, aunque para ser calificado

⁶ Aunque algunos colectivos se les permita optar por incluirse o no, como es el caso de los profesionales colegiados con mutuas de previsión propias.

* El reciente Estatuto del Trabajador Autónomo, también lo prevé así en su artículo 24

⁷ Véase, por ejemplo, APLLUELO MARTÍN, M., en *Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente, del pequeño y del dependiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 121 y sigs, donde distingue los requisitos de ámbito objetivo (actividad económica, titularidad de la actividad, cualidad de empresario-empileador que inexistencia de contrato de trabajo) y los requisitos de ámbito subjetivo (habitualidad, de forma personal y directa, edad y territorialidad y nacionalidad).

⁸ En palabras de GÓMEZ CABALLERO, P. «Se trata, por tanto, de un trabajador que dispone de su propio trabajo, que se apropian de los frutos y que soportar los riesgos derivados de él, y que realizará su actividad laboral en las condiciones señaladas» en *Los trabajadores autónomos y la seguridad social: campo de aplicación y acción protectora del «RETA»*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 26.

como trabajador por cuenta propia no basta con ser titular de una empresa o negocio, sino que es preciso que aquél realice su respectivo trabajo, de forma personal y directa.

— El trabajo autónomo conlleva una actividad económica y lucrativa: la actividad desarrollada por el trabajador autónomo busca una contraprestación económica por la prestación de su trabajo o ejecución de su actividad. Lo que es coherente con las reglas generales de acceso al sistema de Seguridad Social puesto que la inclusión en el nivel contributivo de la Seguridad Social se articula en base a la realización de una actividad profesional. Concepto de «actividad económica» que ha de interpretarse de forma amplia⁹. A este respecto, quedan excluidas del marco conceptual de la actividad autónoma aquellas tendentes al aprovechamiento del tiempo de ocio, las realizadas por amistad, etc¹⁰.

Por otra parte, la actividad autónoma debe ser lucrativa, lo cual implica la intención de obtener beneficios de naturaleza económica, excluyéndose por tanto actividades tendentes al autoconsumo. Sobre la obtención de lucro, se incidirá más abajo.

Tampoco es necesario que la actividad sea el medio exclusivo de sustento, ya que esta actividad podrá ser la forma exclusiva de obtención de beneficio para el autónomo o podría ser compartida con otro tipo de actividad que proporcionara ingresos adicionales¹¹.

— La actividad del autónomo no es una relación sujeta a un contrato de trabajo: el trabajo autónomo no está regulado por la legislación laboral que afecta a los trabajadores por cuenta ajena, de manera que las relaciones contractuales con los clientes se enmarcan en otras disciplinas jurídicas como la legislación mercantil. Esta no sujeción a la legislación laboral convierte al autónomo en un trabajador independiente, que puede organizar sus recursos técnicos y económicos como estime adecuado, sin tener que responder ante un superior o empresario.

Tal independencia se produce también a nivel económico. En este sentido, el autónomo no depende económicamente de un tercero predetermina-

⁹ Como dice APLILLUELO MARTÍN, la actividad profesional puede ser de cualquier tipo y contenido, ya se trate de un trabajo físico o intelectual, de gestión empresarial, de explotación de una empresa o industrial o de un establecimiento o negocio de servicios o comercial, o de gestión administrativa o artísticas, etc., o, en fin, transformadora de bienes o servicios encaminada a la atención de los bienes económicos o materiales necesarios para la subsistencia, en *op. cit.*, pág. 121.

¹⁰ Por todos, VALDÉS ALONSO, A. «La regulación del trabajo por cuenta propia o autónomo: el estado de la cuestión», en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, CIRIEC, agosto, 2005, pág. 159.

¹¹ No es lo mismo que para los autónomos del Régimen Agrario o del Régimen del Mar, en los que se exige que dicha actividad sea medio fundamental de vida, lo que puede impedir la realización de otras actividades simultáneas.



do que remunerare su esfuerzo, sino que su retribución o ingresos provendrán como consecuencia de los distintos contratos y actividades que formalice con sus clientes.

Podemos recordar, a este respecto, que el trabajador autónomo o por cuenta propia no vende, como en el caso del trabajador asalariado, su fuerza de trabajo, sino que vende la prestación de un servicio al que el mismo ha aportado el valor añadido necesario.

3. EN ESPECIAL, SOBRE LA HABITUALIDAD

Como se ha dicho más arriba, el autónomo que inicia este procedimiento judicial para darse de baja en el RETA argumenta que no cumple el requisito de habitualidad por entender que los ingresos obtenidos por el ejercicio de la actividad mostraban, por su escasez, la inexistencia de habitualidad. Esto es, el actor que estaba dado de alta en el RETA pretende que la Tesorería le dé la baja en dicho régimen ya que desde enero de 1998 sus ingresos anuales vienen siendo inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional, basándose en la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997. El Tribunal Supremo viene a interpretar una norma, el artículo 2.1 del Decreto 2530/1970, estableciendo un criterio «razonable» para medir la característica de habitualidad exigida para encuadrarse en el RETA. Pero antes de centrarnos en ella, vamos a realizar una serie de apreciaciones previas.

El artículo 2.1 del Decreto 2530/1970 se refiere a la actividad llevada a cabo «*de forma habitual*». Ahora bien, ¿qué entendemos por habitual? Como en tantas otras ocasiones el legislador peca de ambigüedad y no precisa lo suficiente y necesario con el fin de la aplicación literal de la norma. El legislador nunca ha pretendido fijar de forma clara la habitualidad en «*términos objetivos perfectamente cuantificables*», una decisión adoptada por dos motivos: primero, porque resulta evidente lo difícil que resulta definir de forma objetiva la forma de cómo debe desarrollar su actividad un colectivo tan heterogéneo como el de los trabajadores autónomos, sobre todo cuando ello deba ponerse en relación con la percepción de los beneficios perfectamente cuantificados en un momento exacto. Segundo, porque la inclusión del trabajador independiente en el RETA resulta perfectamente compatible con la inclusión del sujeto en otros regímenes especiales o en el general, por lo que, en ocasiones, las actividades desempeñadas no puede aislarse y valorarse en compartimentos estancos¹². Sólo se aclaran dos situaciones en

¹² Así lo dice, BALLESTER PASTOR, I., «¿Existe una medida de «habitualidad» objetiva que obligue al encuadramiento de los trabajadores autónomos en el RETA? ¿Existe para los

las que a pesar de que no se dé una continuidad se entenderá al trabajador incluido en el campo de aplicación del sistema: para los trabajos de temporada y en los casos de inactividad por enfermedad o accidente.

Si atendemos a la definición de la Real Academia Española encontramos lo siguiente: «*Que se hace, padece o posee con continuación o por hábito*». A simple vista parece claro el carácter temporal de la definición, que hace referencia a la repetición continuada y regular de la actividad en cuestión. No debe confundirse la habitualidad exigida con la periodicidad, pues el trabajo autónomo debe ser, cotidianamente, la principal actividad productiva que desempeñe el trabajador¹³. Se trata de un trabajo desarrollado de forma continua, con dedicación y con profesionalidad, esa relación entre habitualidad y profesionalidad permite «a priori» excluir las tareas marginales, esporádicas u ocasionales¹⁴.

Podríamos decir que el trabajador por cuenta propia se caracteriza por desempeñar su actividad de forma habitual, es decir, presenta una dedicación a una actividad concreta que permite catalogarle dentro de algún sector. El autónomo se dedica a algo concreto que representa su actividad económica principal. En esta misma línea señala LÓPEZ ANIORTE que la actividad desarrollada por el trabajador autónomo debe 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*»¹⁵ o, dicho de otro modo, ha de «procurar un interés crematístico»¹⁶.

Ese ánimo de lucro que acompaña al desarrollo de actividad económica ha de tener, según PIÑEYROA DE LA FUENTE, un resultado económico, ya que si no lo hay (o lo hay de forma insuficiente) se trataría de un «trabajo marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida» y por tanto excluido del RETA, en aplicación analógica del art. 7.6 de la LGSS, que excluye del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social a tales tipos

subagentes de seguros? Efectos y alcance de la doctrina judicial al hilo de las relevantes sentencias de la sala de la social del Tribunal Supremo del 29 de octubre de 1997 y de 29 de abril de 2002. *Aranzadi Social*, t. 5, 2002, págs. 1131 y 1132.

¹³ Como indica, BLASCO LAHOZ, J.F, en *El régimen especial de trabajadores autónomos. Teoría (doctrina) y práctica (legislación y jurisprudencia)*, op. cit., pág. 57. En el mismo sentido de la STS, sala contencioso, de 21 de diciembre de 1987.

¹⁴ Como indica BENLLOCH en «La nota de habitualidad en el trabajo autónomo y el derecho del trabajador por cuenta propia a dejar de prestar su actividad en determinados período de tiempo. Comentario a la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de abril de 2001», *Aranzadi Social* núm. 11, 2001.

¹⁵ «Ámbito subjetivo del RETA: problemas actuales, con especial referencia a la redefinición jurisprudencial de la nota de habitualidad»; *Documentación Laboral*, 2003 núm. 69, pág. 66.

¹⁶ Nuevamente, BALLESTER PASTOR, I., op. cit., pág. 1130.



de trabajos¹⁷. Analogía que no puede compartirse ya que dicho precepto, para excluir a los trabajadores del campo de aplicación, requiere de una norma reglamentaria que expresamente lo establezca y además es necesaria, ex art. 4.1 del CC, una laguna normativa que no existe (sólo se trata de un problema de interpretación) y tampoco puede entenderse que haya una identidad de razón en los supuestos (conociendo sobre todo la doctrina constitucional que justifica la diferencia de trato en los distintos regímenes de la Seguridad Social en base precisamente a las distintas realidades que los mismos regulan).

Es clara pues la relación directa entre la habitualidad y la obtención de un lucro económico ya que una mayor actividad del autónomo tendrá, en condiciones normales, efectos directos en los recursos económicos que se obtengan.

Sin embargo, la dificultad para demostrar el carácter de la pervivencia temporal ha dado lugar, como veremos más abajo, a otras interpretaciones por parte del Tribunal Supremo.

La inseguridad de la norma ha hecho que la jurisprudencia tratara de unificar criterios generales que limiten el casuismo de las decisiones judiciales y la inseguridad que ello comporta.

Siguiendo a DESDENTADO y TEJERINA¹⁸, por su claridad, el primer mecanismo de seguridad se impuso en la jurisdicción contencioso administrativa y consistía en el recurso a la identificación entre la actividad habitual y la actividad principal (SSTS de 21 de diciembre de 1987 y 2 de diciembre de 1990) en la que se afirma que «la habitualidad no es confundible con la periodicidad, sino que el trabajo personal y directo debe ser la principal actividad productiva que el trabajador desempeñe»¹⁹. Alguno ya venía manteniendo esta misma tesis, e indicaba que, aunque la norma no lo dijera expresamente, del requisito de habitualidad en el trabajo lucrativo se podía deducir la exigencia de que este trabajo sea «medio fundamental de vida» del autónomo²⁰, tesis que no puede compartirse ya que ser «medio fundamental de vida» puede ser un elemento para tener en cuenta la inclusión del

¹⁷ En *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 43.

¹⁸ En DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I., *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 263 y sigs.

¹⁹ Y continúa diciendo más adelante: «y ello no ocurre cuando una labor es secundaria o complementaria de otra principal que constituye el núcleo central de la actividad productiva, con la que el trabajador complementa los ingresos necesarios para sufragar atenciones personales o familiares».

²⁰ Por todos, ORDEIG FOS, J.M., en «Socios administradores de las empresas. Problemática de su afiliación al régimen general o al de autónomos», *Tribuna Social* núm. 39, 1994, pág. 12.

trabajador en el campo de aplicación pero también es cierto que este régimen permite la pluriactividad del trabajador autónomo pudiendo realizar actividades o trabajos por cuenta ajena que den lugar a su inclusión en otros regímenes de la Seguridad Social²¹. La doctrina judicial emanada de las sentencias citadas también fue criticada porque el criterio de entender la actividad como «medio fundamental de vida» era específico de los trabajadores autónomos del Régimen Agrario pero no del RETA.

El segundo criterio jurisprudencial es el establecido en la STS (Sala de lo Social) de 29 de octubre de 1997 la que se ha constituido como claro referente del asunto que ahora se analiza. Reconociéndose que sería más correcto recurrir a módulos temporales que a módulos retributivos, se indica que las dificultades de concreción y de prueba de las unidades temporales determinantes de la habitualidad hacen en la práctica imposible la aplicación de aquel criterio, mientras que a su juicio la experiencia muestra que «en las actividades de los trabajadores autónomos el montante de la retribución a guarda normalmente una correlación estrecha con el tiempo de trabajo invertido» y en este sentido considera que «la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de habitualidad» y ello tanto por ser indicativo de permanencia y continuidad en el trabajo, como por su objetividad, que excluye la necesidad de una ponderación subjetiva de la significación de los ingresos, que no se considera adecuada a efectos de establecer el encuadramiento en la Seguridad Social. Siendo una medida a la que «*el legislador recurre a ella con gran frecuencia como umbral de renta o de actividad en diversos campos de la política social, y específicamente en materia de Seguridad Social*»²². Esta

²¹ Quizás por ello, GÓMEZ CABALLERO, P. indica que los ingresos obtenidos sean básicos «como medio fundamental de vida, o, al menos, se manifiesten de forma relevante», en *Los trabajadores autónomos y la seguridad social: campo de aplicación y acción protectora del «RETA»*, op. cit., pág. 27.

²² Esta línea interpretativa marcada por el Tribunal Supremo ha sido respaldada de manera regular por las sentencias que desde 1997 se producen al respecto de hechos similares que requieren la interpretación del art. 2.1 del Decreto 2530/1970 conforme a la habitualidad. Valgan de ejemplo las sentencias: STSJ Andalucía (sede Sevilla) Sala de lo Social, sec. 1.ª, S 13-6-2003, núm. 2063/2003, rec.1290/2003. Pte: Reinoso y Reino, Antonio; STSJ Cataluña Sala de lo Social, S 6-6-2003, núm. 3607/2003, rec.7180/2002. Pte: Alvarez Martínez, José César; STSJ Extremadura Sala de lo Social, sec. 1.ª, S 17-3-2004, núm. 158/2004, rec.112/2004. Pte: Cano Murillo, Alicia; STSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1.ª, S 1-3-2004, núm. 1764/2004, rec.505/2002. Pte: Arastey Sahún, M.ª Lourdes; STSJ País Vasco Sala de lo Social, sec. 1.ª, S 12-4-2005, núm. 926/2005, rec.2881/2004. Pte: Eguaras Mendiri, Florentino; entre otras. Especial mención merece la STSJ de Extremadura de 17 de marzo de 2004, que en la misma línea de interpretación realiza algunas apreciaciones. Así, se apunta como requisito de la habitualidad a la profesionalidad de la actividad desarrollada por el trabajador por cuenta propia. Estima que la habitualidad hay que entenderla como «aquella actividad que se realiza en términos de profesionalidad al ser presupuesto general para determinar la protección del



solución ha sido también criticada por la asunción de una función cuasi legislativa por parte de la jurisprudencia, al sustituir en la práctica el criterio de dedicación temporal por el de la retribución.

4. SOBRE LA NECESIDAD DE CORREGIR ESTE CRITERIO INTERPRETATIVO

Y es que, a diferencia de lo que sucede en relación los autónomos agrarios, no existe exigencia en el RETA de que los ingresos obtenidos por el ejercicio de la actividad económica a título lucrativo deban representar un nivel determinado en orden a la cobertura de las necesidades propias y familiares.

Dice con mucha razón BALLESTER PASTOR, que no siempre toda actividad autónoma genera beneficios, bien porque a veces hay pérdidas o bien porque puede haber periodos en los que la actividad solamente sirva para cubrir gastos, cosa que suele ocurrir, sobre todo al comienzo de cualquier actividad profesional o negocio ya que frecuentemente no aporta resultados económicos positivos hasta pasado un lapso de tiempo inicial²³. La aplicación de esta teoría de obtención de ingresos superiores al salario mínimo interprofesional llevaría consigo la exención de encuadramiento de todos los nuevos emprendedores autónomos hasta que demostraran que ha habido ganancias suficientes para entender como habitual el trabajo. Además, el cómputo de los ingresos al ser anual, supone que el conocimiento de las ganancias se realiza a final de año, cuando ya han transcurrido los plazos para el cumplimiento normal de las obligaciones de alta y cotización, supondría un alta «insegura» ya que su revisión por carencia de ingresos, llevaría a la devolución de cuotas indebidamente percibidas²⁴. Junto a ello, ha de pensar que el trabajador autónomo es un emprendedor que busca riquezas y que para ello tiene una serie de gastos en inversiones y en impuestos y cotizaciones a los que necesariamente ha de afrontar para llevar a cabo su actividad, y es algo que debe conocer de forma previa al inicio de la actividad; lo mismo, que el Estado establece, en distintas Administraciones Públicas, sub-

sistema público, según el artículo 2 del D2530/1970, lo que excluye las tareas esporádicas u ocasionales, debiendo además de conllevar alguna permanencia o estabilidad, comportar resultados productivos relevantes y no meramente marginales o accesorios», debiendo determinarse, como se viene señalando a lo largo de toda la exposición, «con criterios objetivos».

²³ *Op. cit.*, pág. 1131.

²⁴ Señala APLLILUELO MARTÍN, que no es obstáculo a la calificación como lucrativa la actividad que presente pérdidas, sin percepción económica alguna, pues lo importante es el ejercicio de la actividad que orientado a la buena marcha de la misma «puede que no alcance esa actividad», *op. cit.*, pág. 122.

venciones para el inicio de la actividad autónoma que puede llevar incluso a la bonificación o exención de cuotas al RETA.

En realidad, el nivel de ingresos opera en muchos casos con independencia de la continuidad de la dedicación, bien porque haya una dedicación habitual con pocos beneficios económicos o bien porque haya una actividad esporádica con importantes ingresos (superiores al límite del salario mínimo interprofesional).

En la sentencia que se comenta nos encontramos a un trabajador autónomo, vendedor ambulante, que es el que declara sus ingresos anuales. No se pone en duda la veracidad de sus ingresos, evidentemente, si la Agencia Estatal Tributaria no lo hizo, tampoco tenía que hacerlo ni la TGSS ni los jueces de lo social. Pero si es cierto y verdad, por constatado, que la prueba de la realidad de ingresos sólo puede hacerse respecto de los trabajadores por cuenta ajena, ya que la de los trabajadores por cuenta propia viene a hacerse por estimaciones o por declaraciones, difícilmente refutables por la inspección fiscal; conociéndose por notorio que la mayor parte del fraude fiscal se concentra en las profesiones liberales y actividades autónomas. Evidentemente, el fraude no puede presumirse por lo que de no haberse probado en este supuesto es que no ha existido.

No obstante ello, en cualquier caso la declaración de ingresos de un autónomo es una puerta abierta para que en el futuro, sea el autónomo bien asesorado el que decida cuando le corresponde encuadrarse en el sistema y cotizar, cosa que sería contrario al carácter público y obligatorio del sistema de Seguridad Social. Además, esa idea de la obligatoriedad en la inclusión al sistema se basa en el interés del Estado de proteger a los beneficiarios del sistema y, por supuesto, cuanto más bajas sean las rentas más necesidades de protección.

Pero, quizás lo más preocupante de la sentencia es que haya aplicado la jurisprudencia anterior, de corrido, sin meditar demasiado la situación concreta, pues respecto de la fundamentación propia dice algo, que no se comparte, pues, fundamenta en una hipótesis más que en los hechos. El hecho cierto es que el vendedor ambulante estuvo varios años presentando declaraciones de ingresos por la actividad que realizaba (desde 1997 a 2001), lo que a mi juicio, es clara muestra de habitualidad; pero a juicio del Tribunal Supremo ello «no demuestra no constata que la misma se haya realizado todos los meses de cada uno de esos años, ni siquiera en la mayoría de esos meses»²⁵, lo que viene a incluir en fundamentación un «nuevo hecho pro-

²⁵ En sentido contrario, BALLESTER PASTOR, indica que la norma no exige que el trabajo tenga «que ocupar toda la jornada laboral diaria y todos o la mayor parte de los días del año», *op. cit.*, pág. 1132.



bado», o, mejor dicho, la utilización de un hecho «no probado» o hipótesis para la fundamentación del derecho aplicable.

Si lo que la norma pretende es la exclusión del campo de aplicación del RETA de las actividades marginales o tareas de escasa entidad o esporádica, la exclusión por tales motivos es una cuestión que debería de analizarse en cada caso particular²⁶.

Quizás en este caso debería haberse utilizado la doctrina aclaratoria de la STS de 14 de abril de 2002, la cual viene a aclarar que la doctrina anterior «lejos de establecer una equiparación conceptual entre la habitualidad y un determinado nivel de ingresos, lo que aplica en ese nivel como indicador de la existencia de aquella ante las dificultades virtualmente insuperables de concreción y prueba de las unidades temporales determinantes de habitualidad». Esa carencia de rentas es un indicador, pero no el único determinante de la habitualidad²⁷, y muy relevante en el caso que se analiza es la realización de la actividad durante más de 4 años.

5. EL ESTATUTO DE TRABAJADOR AUTÓNOMO: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

Evidentemente, si el objeto principal de los sistemas de Seguridad Social es la cobertura de las situaciones de necesidad, la exclusión del sistema de protección social de los trabajadores autónomos con menos capacidad económica viene a ser un contrasentido, pues, precisamente, quienes más necesitan del sistema de protección social son los que menos tienen.

Sin duda, el régimen especial en nuestro sistema público de Seguridad Social de mayor proyección e implantación es el RETA, relevancia que se ha visto incrementada por la evolución tanto del mercado de trabajo como de la propia estructura y protección de la Seguridad Social, «que sigue siendo resultado de fenómenos o tendencias dirigidas, entre otros aspectos, a la ex-

²⁶ «Por ello y mientras se mantenga la actual regulación, quizá sea más conveniente limitarse a una aplicación casuística, que, aunque puede generar inseguridad, permite un mayor margen de flexibilidad, orientando el requisito de forma realista hacia una actividad dotada no sólo de cierta continuidad en el tiempo, sino también de una regularidad que permita establecer como previsible el mantenimiento de un ejercicio profesional continua». Nuevamente, DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I., *La seguridad social de los trabajadores autónomos*, op. cit., pág. 66.

²⁷ En este sentido tan coherente, la STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2000, entiende que la STS de 10 de octubre de 1997 no cierra las puertas a otras posibles interpretaciones, ya que considera que «el criterio de la cuantía de la retribución es, entre otros posibles, un criterio apto para la apreciación del requisito de la habitualidad en el trabajo de los subagentes de seguros, pero no excluye como se ve dicha sentencia la posible aplicación de otros criterios para determinar si cumple el requisito de la habitualidad».

clusión del ámbito del derecho del trabajo y a la no consideración como trabajadores por cuenta ajena de las personas que realizan determinadas actividades profesionales, a la revisión del mismo concepto del trabajador autónomo desde un punto de vista más realista, y al deseo de racionalización y homogeneización de la estructura del sistema público de Seguridad Social en dos únicos regímenes de trabajadores por cuenta ajena y de trabajadores por cuenta propia»²⁸. Y por ello la necesidad de que el mismo se encuentre saneado financieramente.

Evidentemente, la cotización del trabajador autónomo tiene una importante flexibilización ya que es el mismo el que, en determinadas condiciones, puede elegir las bases por las que pretende cotizar.

Evidentemente la exclusión de los trabajadores autónomos marginales se produce quizás por la rigidez en las bases mínimas de cotización, si se replantea la cotización, al menos en su base mínima, por lo realmente declarado todo este problema habría quedado resuelto, pues como es conocido los trabajadores por cuenta ajena a tiempo parcial pueden cotizar por bases inferiores a la mínima (aunque no por cuantías inferiores a bases mínimas por horas realmente trabajadas) y no por su «marginalidad» quedan excluidos del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.

Realmente, lo que hay es un problema de modalización de la cotización a las rentas obtenidas. Problema que se pensó podría desaparecer al incluir su regulación en el Estatuto del Trabajador Autónomo pero que finalmente no ha sido regulado y por tanto vuelve a quedar en el aire. Si bien, es cierto que el artículo 25 del Estatuto del Trabajador Autónomo, en su apartado tercero dice que: «*La Ley podrá establecer reducciones o bonificaciones en las bases de cotización o en las cuotas de Seguridad Social para determinados colectivos de trabajadores autónomos en atención a sus características personales o a las características profesionales de la actividad ejercida*». Esto nos hace pensar que, tal vez, en el desarrollo de la Ley se tenga a bien recoger esta figura como colectivo diferenciado al cual se le reconoce unas bases de cotización adaptadas a las características de su actividad, con el fin de cumplir la obligatoriedad de encuadramiento en el RETA de los sujetos que cumplan las características enumeradas en el artículo 1 del Estatuto del Trabajador Autónomo, la protección de un colectivo que puede ser objeto por su actividad de rentas bajas y que con la legislación actual y la doctrina jurisprudencial existente podía quedar excluido del sistema de la Seguridad Social.

²⁸ BLASCO LAHOZ, J.F., *El régimen especial de trabajadores autónomos. Teoría (doctrina) y práctica (legislación y jurisprudencia)*, Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pág. 16.



En caso de que así fuese, y tal figura o similar fuera reconocida en la reglamentación posterior de la ley, y a tenor de lo establecido en el «*Informe de la comisión de expertos para la elaboración de un estatuto del trabajador autónomo*» encargada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el problema se tendrá que trasladar a la definición de «parcialidad» de esta actividad ya que el trabajador autónomo no se encuentra sujeto a jornada de ningún tipo. Y es que es difícilmente exportable el modelo de trabajo a tiempo parcial por cuenta ajena al trabajo por cuenta propia o autónomo.

El legislador tendrá que «perimetrar» los contornos de la figura de forma objetiva y de generalizada aplicación, los valores concretos del perímetro quedan diferidos «a criterios de conveniencia política, de oportunidad económica o de experiencia social»²⁹.

El problema seguirá consistiendo en que el trabajo (por cuenta ajena o por cuenta propia) a tiempo parcial a efectos de Seguridad Social seguirá encontrándose en permanente «estado de sospecha» ya que se piensa que es una fórmula para acceder a los derechos y prestaciones del sistema o bien para burlar las obligaciones de cotización³⁰.

Pero como hemos señalado con anterioridad la redacción definitiva de la Ley de Estatuto del Trabajador Autónomo no ha hecho referencia alguna a la posibilidad de la parcialidad dentro de este régimen, así como tampoco lo hace en lo referente a las notas aclaratorias de la habitualidad, dejando, desde el punto de vista de nuestra interpretación del artículo 25.3 del mismo tal regulación al desarrollo del texto legal. En definitiva, una oportunidad perdida.

²⁹ Así se indica en AAVV, *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo. Informe de la comisión de expertos para la elaboración de un estatuto del trabajador autónomo*. MTAS, Madrid, 2006, pág. 2005.

³⁰ Nuevamente, AAVV, *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo. Informe de la comisión de expertos para la elaboración de un estatuto del trabajador autónomo*, op. cit., págs. 204-205.