



Roj: **STS 2483/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:2483**

Id Cendoj: **28079140012007100383**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/03/2007**

Nº de Recurso: **5006/2005**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS GIL SUAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinte de Marzo de dos mil siete.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 26 de septiembre de 2005, recaída en el recurso de suplicación num. 421/04 de dicha Sala, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Albacete, dictada el 30 de diciembre de 2003 en los autos de juicio num. 156/02, iniciados en virtud de demanda presentada por Don Romeo contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social sobre baja en RETA.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. LUIS GIL SUÁREZ

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Don Romeo presentó demanda ante los Juzgados de lo Social de Albacete el 14 de marzo de 2002, siendo ésta repartida al nº 3 de los mismos, en base a los siguientes hechos: El actor en fecha 27 de noviembre de 2001 cursó solicitud de baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y en fecha 31 de diciembre de 2002 la TGSS deniega tal solicitud por no constar acreditado su cese en actividad autónoma; entiende el actor que al ser sus ingresos inferiores al 75 % del salario mínimo interprofesional, no existe obligación de alta en el RETA. Se termina suplicando en la demanda se dicte sentencia en la que se declare al actor de baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

SEGUNDO.- El día 16 de septiembre de 2003 se celebró el acto de juicio, con la participación de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a estas actuaciones.

TERCERO.- El Juzgado de lo Social nº 3 de Albacete dictó sentencia el 30 de diciembre del 2003 en la que desestimó la demanda y absolvió a los demandados de los pedimentos deducidos en su contra. En esta sentencia se declaran los siguientes HECHOS PROBADOS: "1º).- D. Romeo con DNI nº NUM000 presentó solicitud de baja en el RETA por finalización de la actividad de venta menor ambulante con fecha de 31.12.92. Solicitud que fue desestimada por resolución de la Dirección Provincial de la Administración de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 11.12.01. Contra dicha resolución interpuso el actor reclamación previa que fue igualmente desestimada por otra resolución de la Dirección Provincial de fecha 31.1.02 al entender que el actor realiza una actividad por cuenta propia de modo habitual personal y directo y a título lucrativo que determina su inclusión en el RETA; 2º).- El actor presentó solicitud de baja en el IAE por la actividad de venta menor sin establecimiento por fin de la actividad. No constando a la Agencia Tributaria las declaraciones de alta de IAE de los ejercicios 1.993 a 1.996 y no habiendo figurado en el censo de IAE el actor en los años de 1.997 a 2.001; 3º).- En las declaraciones del IRPF del actor de 1.997, 1998, 1.999 y 2.000 el actor ha declarado ingresos por rendimientos de actividades profesionales de 893.637, 671.873 ptas 707.235 ptas y 802979 ptas. y en el año 2.001 tuvo ingresos de al menos 3.884,06 euros por la actividad de comercial en la



comercialización de productos AMC España, SA vendiendo productos de menaje de cocina. Estos ingresos constituyen los fundamentales del demandante según las declaraciones de la renta que obran en autos y se dan por reproducidas".

CUARTO.- Contra la anterior sentencia, el actor formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en su sentencia de 26 de septiembre de 2005, estimó el recurso y declaró procedente la baja del demandante en el RETA con fecha de efectos desde el 31 de diciembre de 1997.

QUINTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social de Albacete, la Tesorería General de la Seguridad Social interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en los siguientes motivos: 1.- Contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en fecha 21 de enero de 2000, recurso nº 31/99. 2.- Infracción del art. 2 del Decreto 2530/70 de 20 de agosto.

SEXTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente la desestimación del recurso.

SÉPTIMO.- Se señaló para la votación y fallo el día 13 de marzo de 2007, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor se dedica a la venta ambulante y al por menor de menaje de cocina, actividad que desempeña por cuenta propia, como trabajador autónomo.

Estaba dado de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos (RETA), y el 27 de noviembre del 2001 presentó, ante la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), escrito solicitando que se le diese de baja en este Régimen Especial. La TGSS dictó resolución de fecha 11 de diciembre del 2001, en la que denegó tal solicitud, por lo que el demandante permanece dado de alta en el RETA.

El 14 de marzo del 2002 el actor presentó ante los Juzgados de lo Social de Albacete, la demanda origen de este juicio, dirigida contra el INSS y la TGSS, en cuyo suplico solicitó que se dictase sentencia en la que "se declare al actor de baja en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Autónomos desde la fecha solicitada, condenando a la parte demandada a estar y pasar por dicha declaración y a las consecuencias legales inherentes a dicha declaración de baja."

El Juzgado de lo Social nº 3 de Albacete dictó sentencia el 30 de diciembre del 2003, en la que desestimó la referida demanda y absolvió a los demandados de las pretensiones ejercitadas en ella. Recurrida en suplicación por el actor, la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha, mediante sentencia de 26 de septiembre del 2005, acogió favorablemente dicho recurso, revocó la resolución de instancia y, estimando la referida demanda, declaró "procedente la baja del actor en el RETA con fecha de efectos desde el 31 de diciembre de 1997."

SEGUNDO.- Se destaca que la pretensión del actor se funda en primer lugar en que afirma que en los años de 1997 al 2002 no llevó a cabo la referida actividad de venta de menaje de cocina, y en segundo lugar que, en cualquier caso, los ingresos obtenidos por el mismo en cada uno de esos años fueron inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional.

En las declaraciones del IRPF del demandante de los años 1997, 1998, 1999 y 2000 se consignaron, respectivamente, como ingreso del mismo las siguientes sumas: 893.637 pesetas, 671.873 pesetas, 707.235 pesetas y 802.979 pesetas; en el año 2001 el actor obtuvo, por la actividad autónoma referida, unos ingresos que como mínimo alcanzaron la suma de 3.884'06 euros. Estos ingresos son los fundamentales del demandante.

La citada sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 26 de septiembre del 2005 estimó la demanda origen de estas actuaciones, en razón a que desde el 1 de enero de 1998 el actor obtuvo unos ingresos anuales inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional, basándose en la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997.

TERCERO.- Contra la referida sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha la TGSS interpuso el recurso de casación para la unificación de doctrina que ahora se analiza. Como contraria se alega la sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de enero del 2000, la cual debe ser calificada como contrapuesta a aquélla. También versa esta sentencia referencial sobre el encuadramiento en el RETA de un trabajador autónomo (un subagente de seguros), centrándose el problema relativo a la obligación de llevar a cabo ese encuadramiento, como



elemento decisivo al respecto, en el hecho de que los ingresos obtenidos por dicho trabajador no alcanzaban el 75% del salario mínimo interprofesional. Los casos examinados en las dos sentencias que se confronta son, sin duda, sustancialmente iguales, y resulta que, mientras en estos autos se considera, siguiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997, que el bajo nivel de ingresos comentado es indicio claro de que el trabajo llevado a cabo por el actor no cumple el requisito de habitualidad que exige el art. 2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto; en cambio en la mencionada sentencia de contraste se concluye que, aún concurriendo el dato de unos ingresos inferiores al tope mencionado, puede estimarse cumplido dicho requisito. Por ello, la sentencia recurrida estimó la demanda del trabajador y declaró procedente la baja en el RETA del actor, y en cambio la sentencia de contraste desestimó la demanda y mantuvo el encuadramiento en el RETA del allí demandante.

Es cierto que esa sentencia referencial también acepta el criterio de la "cuantía de la retribución para determinar si concurre o no la nota de la habitualidad, añadiendo que este criterio "no excluye...la posible aplicación de otros criterios", lo que hace que tal sentencia considere que en el caso enjuiciado por ella se cumple dicho requisito de habitualidad "pues aunque es cierto que las comisiones que ha venido percibiendo la actora no superan el umbral del salario mínimo interprofesional, si se puede llegar a la conclusión de que se realiza la actividad de aquella forma, pues viene percibiendo comisiones desde el año 1992 hasta el año 1996 de forma ininterrumpida". Pero este último dato no elimina la existencia de identidad entre los casos confrontados, pues el mismo también concurre en la presente litis habida cuenta que también en ella el actor ha percibido sus ingresos todos los años, sin que conste que se dejasen de recibir algún año. En ambos casos, los dos elementos que se computan a efectos de la existencia de habitualidad, son únicamente dos (los mismos en los dos casos), a saber: ingresos que no llegan al 75% del salario mínimo interprofesional y que continúan percibiéndose ininterrumpidamente año a año. Existe, pues, identidad sustancial entre los casos examinados en las dos sentencias que se comparan.

Y no quiebra, en forma alguna, esta afirmación por la circunstancia de que las profesiones ejercidas por los trabajadores implicados en estos dos litigios no sean las mismas (vendedor de menaje de cocina en un caso y subagente de seguros en el otro), y que el tipo o forma de retribución en cada caso sea distinta, pues lo que realmente cuanta a efectos de la identidad de supuestos son, en este recurso, los dos elementos antes citados. Las divergencias de profesiones y tipo de ingresos son de carácter circunstancial y secundario, a los efectos comentados, y no rompen la referida equivalencia esencial de situaciones.

Existe, por tanto, contradicción entre las dos sentencias referidas, y se cumple el requisito de recurribilidad que impone el art. 217 de la LPL.

CUARTO.- El art. 2-1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, dispone que "a los efectos de este Régimen Especial se entenderá como trabajador por cuenta propia o autónomo aquél 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 otras personas". Igual mandato contiene el art. 1-1 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970. Como se ve, es elemento clave, para la calificación como trabajador autónomo, la habitualidad en el desarrollo de la actividad económica de que se trate. Y con respecto al cumplimiento de este requisito de la habitualidad, es necesario tener en cuenta la doctrina establecida por la doctrina de esta Sala de 29 de octubre de 1997 (rec. nº 406/1997), en la que se declara:

"El criterio del montante de la retribución es apto para apreciar el requisito de la habitualidad. Como ha señalado la jurisprudencia contencioso-administrativa (STS 21-12-1987 y 2-12-1988) tal requisito hace referencia a una práctica de la actividad profesional desarrollada no esporádicamente sino con una cierta frecuencia o continuidad. A la hora de precisar este factor de frecuencia o continuidad puede parecer más exacto en principio recurrir a módulos temporales que a módulos retributivos, pero las dificultades virtualmente insuperables de concreción y de prueba de las unidades temporales determinantes de la habitualidad han inclinado a los órganos jurisdiccionales a aceptar también como indicio de habitualidad al montante de la retribución. Este recurso al criterio de la cuantía de la remuneración, que por razones obvias resulta de más fácil cómputo y verificación que el del tiempo de dedicación, es utilizable además, teniendo en cuenta el dato de experiencia de que en las actividades de los trabajadores autónomos o por cuenta propia el montante de la retribución guarda normalmente una correlación estrecha con el tiempo de trabajo invertido. Así ocurre en concreto, respecto de los subagentes de seguros, cuya retribución depende estrechamente del tiempo de trabajo dedicado a la formación, gestión y mantenimiento de la cartera de clientes".

"A la afirmación anterior debe añadirse que la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de habitualidad. Aunque se trate de una cifra prevista para la remuneración del trabajo asalariado, 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, de suerte que en la actual situación legal resulta probablemente el criterio operativo más usual a efectos de



medir rentas o actividades. La superación de esta cifra, que está fijada precisamente para la remuneración de una entera jornada ordinaria de trabajo, puede revelar también en su aplicación al trabajo por cuenta propia -y, en concreto, al trabajo de los subagentes de seguros-, la existencia de una actividad realizada con cierta permanencia y continuidad, teniendo además la ventaja, como indicador de habitualidad del trabajo por cuenta propia, de su carácter revisable".

"La conclusión del razonamiento es que la sentencia impugnada ha dado una respuesta correcta a la cuestión controvertida. La sentencia de contraste, que ha incluido en el requisito de habitualidad la exigencia de que la actividad del subagente de seguros constituya también su medio de vida, no se ajusta en cambio a derecho. La valoración de lo que la actividad realizada pueda significar económicamente para el asegurado es un dato subjetivo que, aparte razones de interpretación gramatical, no debe ser tenido en cuenta a efectos de encuadramiento en Seguridad Social, donde es preciso operar con criterios aplicables indistintamente a todos los miembros de un grupo o colectividad de personas".

Estas consideraciones son totalmente aplicables al supuesto que se debate en esta litis, en el que se trata de un vendedor ambulante de menaje de cocina; y por ello, dado que en los últimos años computados los ingresos de ese vendedor no alcanzaron el 75% del salario mínimo interprofesional, como se ha dicho, lo lógico es concluir que dicho individuo no debe entenderse comprendido en los preceptos citados al inicio de este fundamento de derecho, al no poderse apreciar en él la concurrencia del requisito de la habitualidad en la actividad desempeñada.

Debe destacarse, en contra de lo que expresa la sentencia de contraste antes comentada, que en una situación como la de autos, en la que los ingresos que el interesado obtiene por su trabajo autónomo no alcanzan el importe que se acaba de indicar, no desvirtúa el carácter de indicio de habitualidad que esta circunstancia tiene, el hecho de que el sujeto de que se trate haya percibido todos los años ingresos por esa actividad, pues esta reiteración anual de esos ingresos no es razón bastante para destruir el vigor de ese indicio. Téngase en cuenta que la referida sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997 otorga ese vigor al dato de los ingresos reducidos en base a que "en las actividades de los trabajadores autónomos o por cuenta propia el montante de la retribución guarda normalmente una correlación estrecha con el tiempo de trabajo invertido". A lo que se añade que el hecho de que se hayan obtenido ingresos todos los años por la actividad económica desarrollada, sólo indica que en todos esos años se ha llevado a cabo esa actividad, pero no demuestra ni constata que la misma se haya realizado todos los meses de cada uno de esos años, ni siquiera en la mayoría de esos meses, pues el bajo nivel de ingresos conseguido es perfectamente compatible con la posibilidad de que esa actividad se haya efectuado de forma esporádica y circunstancial, y ello con mayor razón en una actividad comercial como la que desempeñaba el demandante, cuya realización depende casi única y exclusivamente de su propia voluntad y arbitrio.

QUINTO.- Es, por tanto, correcta la decisión adoptada por la sentencia recurrida, la cual no ha vulnerado ninguna de las normas alegadas en el recurso. Procede, pues, desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la TGSS contra la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 26 de septiembre del 2005, tal como dictamina el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Desestimados el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 26 de septiembre de 2005, recaída en el recurso de suplicación num. 421/04 de dicha Sala. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Gil Suárez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.