



Roj: **STS 641/2026 - ECLI:ES:TS:2026:641**

Id Cendoj: **28079130042026100025**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **16/02/2026**

Nº de Recurso: **3146/2024**

Nº de Resolución: **162/2026**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MANUEL DELGADO-IRIBARREN GARCIA-CAMPERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ NA 62/2024,**
ATS 84/2025,
STS 641/2026

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 162/2026

Fecha de sentencia: 16/02/2026

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3146/2024

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/02/2026

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Delgado-Iribarren García-Campero

Procedencia: T.S.J.NAVARRA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: PMN

Nota:

R. CASACION núm.: 3146/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Delgado-Iribarren García-Campero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 162/2026

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Francisco José Sospedra Navas

D.^a María Alicia Millán Herrandis

D. Manuel Delgado-Iribarren García-Campero

En Madrid, a 16 de febrero de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el nº 3146/2024 interpuesto por don Gustavo , representado por la procuradora doña Isabel Cañedo Vega y asistido de la letrada doña Eva Jauregui Martin, frente a la sentencia nº 23/2024, de 15 de febrero, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el recurso contencioso-administrativo nº 177/2023. Ha comparecido como parte recurrida la Tesorería General de la Seguridad Social, representada y asistida por Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Delgado-Iribarren García-Campero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La representación procesal de don Gustavo , interpuso el recurso contencioso-administrativo nº 177/2023 ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, contra la resolución del Jefe de la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial de Navarra de la Tesorería General de la Seguridad Social en Navarra, de fecha de 3 de marzo de 2023, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Dirección Provincial de Navarra de 12 de enero de 2023 que deniega anular el alta de oficio en el RETA desde el 1 de julio de 2018 del recurrente.

SEGUNDO.-Dicho recurso fue desestimado por sentencia de 15 de febrero de 2024.

TERCERO.-Notificada la sentencia, se presentó ante dicha Sala escrito por la representación procesal de don Gustavo , informando de su intención de interponer recurso de casación y, tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 27 de marzo de 2024, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.-Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados don Gustavo , como recurrente y la Tesorería General de la Seguridad Social como recurrido, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 8 de enero de 2025, lo siguiente:

«1.º) Admitir a trámite el presente recurso de casación n.º 3146/202 preparado por la representación procesal de D. Gustavo , contra la sentencia n.º 23/2024 de 15 de febrero de 2024 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el recurso contencioso-administrativo n.º 177/2023 .

2.º) Declarar que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: 1. Determinar si el hecho de que los ingresos procedentes de una actividad económica sean inferiores al Salario Mínimo Interprofesional es o no un elemento excluyente de la habitualidad de dicha actividad a efectos de dar por cumplidos los requisitos exigidos para concluir la procedencia del alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. 2. En caso afirmativo, precisar si la cuantía que ha de considerarse a efectos del cálculo de aquellos ingresos ha de ser la cuantía bruta o la neta.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación las contenidas en el artículo 305.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre; el artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo y el artículo 2 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.»

QUINTO.-Por diligencia de ordenación de 21 de enero de 2025, se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SEXTO.-La representación procesal de don Gustavo evacuó dicho trámite mediante escrito de 18 de febrero de 2025.

SÉPTIMO.-Por providencia de 20 de febrero de 2025, se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), dar traslado a la parte recurrida y personada para que presentase escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que efectuó el letrado de la Tesorería General de la Seguridad Social, mediante escrito de 20 de marzo de 2025, interesando la desestimación del recurso, por las razones que expone en dicho escrito.

OCTAVO.-Conclusas las actuaciones y considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 9 de diciembre de 2025 se señaló este recurso para votación y fallo el 10 de febrero de 2026, fecha en que tuvo lugar tal acto y se designó Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Manuel Delgado-Iribarren García-Campero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los términos del litigio y la sentencia recurrida.*

1.- El recurrente está dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas en la actividad de reparación de maquinarias desde el 1 de enero de 1997, reconociendo que desde esa fecha compaginó su situación como trabajador por cuenta ajena de la empresa Volkswagen y la realización de pequeños trabajos de reparación neumática por cuenta propia.

2.- El 18 de junio de 2019 accedió a la jubilación parcial y el 31 de mayo de 2021 a la jubilación total.

3.- Tras una actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se le dio de alta en el Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA) el 1 de agosto de 2022 por realizar por cuenta propia la actividad de reparación de maquinarias. El 20 de septiembre de ese año, el recurrente, a requerimiento de la citada Inspección, solicitó extender el alta con efectos retroactivos al periodo entre el 1 de julio de 2018 y el 31 de julio de 2022, que fue acordada de oficio mediante resolución de la Dirección Provincial de Navarra de la TGSS de 23 de septiembre de 2022.

4.- El 26 de octubre de 2022 el recurrente solicitó la baja en el RETA, que le fue concedida con efectos de 31 de agosto de 2022.

5.- El 24 de noviembre de 2022 el interesado solicitó la anulación del alta en el RETA de fecha 1 de julio de 2022, por considerar que la actividad por cuenta propia realizada no lo había sido de manera habitual y que el rendimiento económico percibido nunca había superado el salario mínimo interprofesional, aportando documentación en sustento de su pretensión.

6.- La solicitud fue denegada por resolución de 12 de enero de 2023, como también lo fue el recurso de alzada contra esta última, por resolución 3 de marzo de 2023. En esta última se subrayó que la solicitud de alta que se pretendía rectificar lo fue a petición propia, aunque hubiera un requerimiento previo de la Inspección de Trabajo y seguridad Social, y no se puede ir en contra de los actos propios. En segundo lugar, que la resolución discutida era firme pues no fue recurrida por el interesado. Finalmente, que la referencia al SMI no es exclusiva sino que debe combinarse con otros criterios que mostraban la habitualidad, como hizo la resolución denegatoria discutida.

7.- Contra la referida resolución administrativa se interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por la sentencia nº 23/2024, de 15 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y que constituye el objeto de este proceso casacional. En ella, tras recordar una sentencia de la propia Sala de instancia sobre esta materia y otras resoluciones judiciales relacionadas, sostiene que *"para apreciar la habitualidad exigida por la norma realizábamos una valoración conjunta del panorama probatorio y de los indicios, atendiendo a la atención al público, la disponibilidad de local, las declaraciones de IVA y particularmente a los ingresos para concluir, con referencia al SMI, si aquellos pueden servir de medio de vida o profesión habitual. Sentado lo anterior, en el caso de autos no es controvertido que el recurrente ha realizado de forma personal y directa la actividad de reparación de neumáticos en local taller de su propiedad, desde el año 1997, estando por ello de alta en el IAE desde esa fecha, y ha venido presentando liquidaciones tanto de IVA como de IRPF, si bien no ha sido hasta acceder a la jubilación parcial en 2018 hasta cuando se ha requerido por la TGSS su inclusión en el RETA. Es decir, durante nada más y nada menos 26 años, el actor ha desarrollado la actividad de reparación de maquinaria en local de su propiedad, no de alquiler, de lo que se infiere, la pervivencia del negocio. Así mismo y en espera de la resolución del recurso de casación por el Tribunal Supremo, la actividad desempeñada ha reportado ingresos relevantes al recurrente, y así se desprende de las declaraciones de IVA, y declaraciones del impuesto de la renta sobre las personas físicas de los años 2018 A 2022". (...).*

Concluyendo que " a la vista de los datos de las declaraciones de IRPF, años 2018 a 2022 , la actividad desarrollada por el recurrente reportaba una renta notable, con ingresos brutos superiores al SMI- que también se calcula en bruto-dato que valorado conjuntamente con el resto de los indicados;(tenencia de local en propiedad, alta en el IAE, largo tiempo de desarrollo de la actividad que no se hubiera mantenido de no aportar rendimientos), acreditan que nos hallamos ante una actividad habitual para lo que el trabajador por cuenta propia había de estar registrado en el RETA como se le requirió desde la administración demandada".

Añadiendo que "no procede atender a los ingresos netos como pretende la recurrente, pues el elemento de referencia, SMI, también se calcula en bruto".

SEGUNDO. - La cuestión de interés casacional.

El auto de la Sección de Admisión de esta Sala de 8 de enero de 2025 declaró que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: "1. Determinar si el hecho de que los ingresos procedentes de una actividad económica sean inferiores al Salario Mínimo Interprofesional es o no un elemento excluyente de la habitualidad de dicha actividad a efectos de dar por cumplidos los requisitos exigidos para concluir la procedencia del alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. 2. En caso afirmativo, precisar si la cuantía que ha de considerarse a efectos del cálculo de aquellos ingresos ha de ser la cuantía bruta o la neta".

TERCERA. - Las alegaciones de las partes.

A) El recurso de casación de la parte actora.

Sostiene que la sentencia impugnada infringe el artículo 305.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre; el artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo y el artículo 2 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

En apoyo de su pretensión cita diversas resoluciones judiciales y entre ellas una de esta Sala en la que se pone de relieve que el criterio de la cuantía de la retribución es un criterio apto para apreciar el requisito de la habitualidad, y que la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural es un indicador adecuado de habitualidad. Por otra parte, aduce que la infracción denunciada ha sido relevante y determinante para la decisión adoptada en este recurso puesto que si la Sala hubiese entendido que la cuantía a tener en cuenta, a efectos de determinar si se supera o no el SMI y por ende concurre el requisito de la "habitualidad" en el desarrollo de la actividad desarrollada, son los ingresos netos y no los ingresos brutos, hubiera significado indudablemente la íntegra estimación de las pretensiones de esta parte.

Afirma también que se ha producido también una vulneración del art. 24 de la CE, al haber sido denegada por esta Sala la prueba propuesta por esta parte, al haberlo hecho de forma totalmente inmotivada y con la simple expresión de "no considerarse necesaria", con grave indefensión para esta parte, pues finalmente uno de los indicios recogidos en la sentencia para determinar que concurre la nota de habitualidad ha sido la tenencia de un local en propiedad, y el otro indicio, el largo tiempo de desarrollo de la actividad que no se hubiera mantenido de no aportar unos ingresos relevantes. Precisamente con la prueba testifical-pericial, se pretendía acreditar que el local propiedad del recurrente no era un local comercial abierto al público, con un horario determinado y con atención al público sino todo lo contrario. Es una bajera cerrada, de pequeñas dimensiones donde no se atiende al público. Y por otro lado, con la misma prueba pericial - testifical se pretendía acreditar por medio de un experto economista, la documentación contable aportada en el procedimiento, a efectos de determinar, cuáles habían sido realmente los ingresos obtenidos anualmente por el demandante y acreditar que las partidas que aparecen como gastos a deducir son las necesarias para poder llevar a cabo las reparaciones.

Concluye concretando su pretensión de que se fije por esta Sala la siguiente doctrina casacional:

» se determine si el hecho de que los ingresos procedentes de una actividad económica sean inferiores al Salario Mínimo Interprofesional es o no un elemento excluyente de la habitualidad de dicha actividad a efectos de dar por cumplidos los requisitos exigidos para concluir la procedencia del alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y en caso afirmativo, precisar si la cuantía que ha de considerarse a efectos del cálculo de aquellos ingresos ha de ser la cuantía bruta o neta».

Y, en consecuencia, se dicte sentencia estimatoria del recurso por la que se declare:

» 1. Proceda a revocar la Sentencia 23/2024 declarándola disconforme a derecho e igualmente revoque y anule los actos administrativos recurridos con estimación íntegra de todos los pedimentos de la demanda.

2. Se revoque el alta en el RETA del actor desde el 1 de julio de 2018 hasta el 31 de agosto de 2022.»

B) La oposición de la Administración recurrida.

La Letrada de la Administración de la Seguridad Social comienza recordando el carácter extraordinario del recurso de casación, cuyo objeto se encuentra limitado al examen de cuestiones jurídicas y en el que están expresamente vedadas las cuestiones de hecho. Eso significa que habrá de estarse a los hechos recogidos en la sentencia que se recurre, que no pueden verse afectados ni modificados por el relato fáctico que la parte recurrente recoge bajo el epígrafe de "Antecedentes".

Continúa afirmando que los preceptos en los que se centra este proceso coinciden en definir al trabajador autónomo como la persona física que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica o profesional a título lucrativo, sin sujeción al ámbito de dirección y organización de otra persona; añadiendo el artículo 2 del Decreto 2530/1970 la presunción iuris tantum de que concurre la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo, a efectos de la obligatoriedad de darse de alta en ese Régimen Especial, si el interesado ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo. De la normativa vigente resulta, en primer lugar, que la superación o no del salario mínimo interprofesional no figura entre los requisitos exigidos para quedar obligatoriamente incluido en el RETA. Es cierto que una de las notas que caracterizan al trabajador por cuenta ajena, aunque no la única, es la habitualidad en el desarrollo de su actividad lucrativa. Identificar habitualidad con percepción del salario mínimo interprofesional, como propone el recurrente, de tal manera que para que proceda el alta en el RETA, la actividad económica en cuestión debe reportar un mínimo de ingresos, sin tener en cuenta otros aspectos, supone infringir la normativa antes citada.

Para determinar si una actividad económica es habitual habrá de comprobarse si existe o se da con frecuencia. Y esa frecuencia, no tiene por qué depender exclusivamente del nivel de ingresos percibidos. El montante de los ingresos obtenidos puede ser un indicativo de la habitualidad, pero no es el único, pues al lado de ese dato pueden existir otros, como la existencia en el patrimonio de bienes de equipo, de instrumentos destinados a la práctica de una determinada profesión u oficio, el nivel de gastos derivado de la actividad en cuestión, la continuidad en el tiempo de la misma, etcétera, que también reflejan que la actividad existe o se da con frecuencia, es decir, es habitual, y que, en consecuencia, deben ser igualmente valorados.

Frente a ello el recurrente se limita a afirmar la infracción de determinados preceptos legales pero sin explicar en qué o por qué son infringidos por la sentencia que se recurre. A lo que añade la cita de pronunciamientos de distintos órganos judiciales, en los que se llega a la conclusión de que el criterio de la cuantía de la retribución es un criterio apto para apreciar el requisito de la habitualidad, pero eso no significa que la sentencia que ahora se recurre infrinja disposición o doctrina jurisprudencial alguna, pues ninguna de las sentencias alegadas de contrario señalan que sea el único y excluyente criterio.

A lo anterior añade que en el examen de la segunda cuestión objeto de este recurso de casación, entiende que la cuantía de los ingresos procedentes de una actividad económica a tener en consideración habría de ser en todo caso la cuantía bruta por razones de homogeneidad y objetividad, pues si la comparación de los ingresos obtenidos se hace con el importe del SMI en su cuantía bruta, lo lógico es que la cuantía a tomar en cuenta de tales ingresos sea también la bruta. Lo cual es además más objetivo, puesto que el importe neto, tanto del salario mínimo interprofesional, como de los ingresos obtenidos dependerá de las circunstancias personales de cada percceptor.

Concluye que la pretensión del recurrente debe ser desestimada, y procede fijar una interpretación de la cuestión controvertida en la que se declare *"que 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 al efecto de dar por cumplidos los requisitos exigidos por el juego de los artículos 305 y 323 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y del artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo para concluir la procedencia del alta en el Régimen Especial de trabajadores autónomos"*. Y, subsidiariamente, para el hipotético supuesto que otra cosa se entendiere, que *"se precise que la cuantía que ha de considerarse a efectos del cálculo de aquellos ingresos ha de ser la bruta, no la neta"*.

CUARTO. - El juicio de la Sala. La doctrina casacional.

1.- En primer lugar, debemos descartar la aducida vulneración del art. 24 CE por no haber admitido la prueba testifical propuesta por la parte actora. Esa alegación olvida que en sede casacional los hechos vienen determinados en el proceso de instancia, pues el recurso de casación *"se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho"* (art. 87 bis.1 LJCA). Todo ello sin perjuicio de que *"en la resolución de la concreta controversia jurídica que es objeto del proceso, el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por ésta, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar"*

la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder"(art. 93.3 LJCA).

2.- Entrando en el fondo del litigio, debemos partir por recordar que la Sección Tercera de esta Sala se ha pronunciado recientemente sobre la cuestión de interés casacional planteada, en la sentencia 941/2025, de 10 de julio. De ella reproduciremos el núcleo de su argumentación recogido en los fundamentos cuarto a sexto, ya que en ellos se contesta a todas las cuestiones planteadas en este recurso:

"CUARTO.- Sobre el fondo. Decisión de la Sala sobre la primera parte de la cuestión planteada.

(...)

De su lectura se aprecia que el interrogante se centra en la delimitación del requisito de habitualidad de la actividad económica a los efectos del encuadramiento en el RETA y, en particular, si la no superación de un determinado nivel de ingresos, cifrado en el salario mínimo interprofesional (SMI), excluye, en todo caso, la verificación de aquel requisito y, por ende, la procedencia del alta en el RETA.

1.- El requisito de habitualidad en la normativa

El análisis ha de partir, ineludiblemente, de la regulación normativa del citado requisito de habitualidad. Éste se contiene, en primer lugar, en el artículo 305 del TRLGSS que establece (todos los subrayados son añadidos):

«1. Estarán obligatoriamente incluidas en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos 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. [...]».

Con igual alcance se pronuncia el artículo 1.1 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo que, al definir el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, dispone:

«1. La presente ley se aplicará 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.

[...]».

Disposición relevante a nuestros efectos puesto que, según establece el artículo 23.2 de la citada Ley 20/2007, la protección social pública de estos trabajadores autónomos se instrumenta, con carácter general, a través del RETA.

También el artículo 2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, dispone en términos semejantes:

«Artículo segundo. Concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo.

Uno. 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 otras personas.

Dos. La habitualidad para los trabajadores que se ocupen en trabajos de temporada quedará referida a la duración normal de ésta.

Tres. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el interesado concurre la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo, a efectos de este Régimen Especial, si el mismo ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo».

Por su lado, el artículo 323 del TRLGSS, que es mencionado por la cuestión con interés casacional junto con el artículo 305 TRLGSS antes reproducido, se limita a disponer lo siguiente:

«1. Quedarán comprendidos en este sistema especial los trabajadores por cuenta propia agrarios, mayores de 18 años, que reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

2. El régimen jurídico de este sistema especial se ajustará a lo dispuesto en este título y en sus normas de aplicación y desarrollo, con las particularidades que en ellos se establezcan».

Como puede observarse, la normativa condiciona la inclusión en el campo de aplicación del RETA, entre otros aspectos, a que la actividad económica se realice de forma habitual. Sin embargo, estas normas no configuran con precisión el alcance de esta noción ni identifican los parámetros que deben emplearse para delimitarla, más

allá de acotadas indicaciones sobre los trabajos de temporada y la presunción por titularidad de establecimiento abierto al público.

En la dirección de concretar estos parámetros, la disposición adicional 4ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, estableció lo siguiente:

«Disposición adicional cuarta. Estudio del concepto de habitualidad a efectos de la inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

En el ámbito de la Subcomisión para el estudio de la reforma del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos constituida en el Congreso de los Diputados, y oídos los representantes de los trabajadores autónomos, se procederá a 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».

Sin embargo, tal previsión no fructificó en norma alguna, por lo que podemos concluir que la noción de habitualidad constituye, en atención a la regulación normativa expuesta, un concepto jurídico indeterminado.

2.- La interpretación de la habitualidad dada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo

A la vista de lo anterior, este Tribunal Supremo, tanto la Sala de lo Contencioso-Administrativo como la Sala de lo Social, se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el alcance del concepto de habitualidad que contenían las sucesivas normativas con igual nota de vaguedad.

La primera referencia que debemos considerar es la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 21 de diciembre de 1987 (rec. 688/1987), a la que se remite la posterior de 2 de diciembre de 1988 (rec. 2705/1987), ambas relativas a subagentes de seguros. En la primera de ellas se señaló:

«Por otro lado el régimen legal del Decreto 2.530/70 de 20 de agosto de 1970, y la OM. de 24 de septiembre de 1970, que regulan, específicamente, el régimen Especial de Autónomos, determinan, claramente, que 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..." (artículo 2 del Decreto, siendo pues entre las notas características de este régimen especial la realización de trabajo de forma personal y directa y la habitualidad de la misma. Esta característica de habitualidad, esencial para conceptuar la relación, hay que conectarla con la realización del trabajo. Queremos con ello indicar que la habitualidad no es confundible con la periodicidad, sino que el trabajo personal y directo debe ser cotidianamente la principal actividad productiva que el trabajador desempeñe. Y esta nota -que en el caso enjuiciado no se da pues el actor es empleado de banca, según puede verse en la comparecencia de los poderes generales para pleitos, que obran en las actuaciones-, salvo excepciones, no se compagina en los subagentes productores de seguros, toda vez que esta 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 sus atenciones personales o familiares, por lo que ante la inexistencia de esta nota esencial, definidora del régimen especial de autónomos, el acta levantada por el Inspector sobre falta de afiliación y cotización a dicho régimen carece de cobertura normativa y las resoluciones impugnadas que la confirman devienen en ser contrarias a derecho y deben de ser anuladas como acertadamente se realiza en la sentencia apelada, que por tal causa ha de ser confirmada en todas sus partes [...]» (FJ 3º).

Es decir, en este primer momento, se vincula la habitualidad con las notas de cotidianeidad 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, la Sala de lo Social dictó la sentencia de 29 de octubre de 1997 (rcud. 406/1997), también referida a subagentes de seguros, en la que se profundizó en la posibilidad de verificar la habitualidad de la actividad a partir de indicadores retributivos y se afirmó lo siguiente:

«TERCERO.- 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» (FJ 3º).

Algunos años más tarde, la Sala de lo Social matizó o aclaró el alcance del anterior criterio, con ocasión de diversos recursos sobre agentes de seguros, en los siguientes términos -reproducidos de la sentencia de 9 de diciembre de 2003 (rcud. 895/2002)-:

«El criterio de la habitualidad, aplicable en exclusiva a los subagentes de seguros, precisa de una determinación para la que se ha establecido jurisprudencialmente el importe del salario mínimo interprofesional como determinante de dicha habitualidad, lo que 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 subagente de seguros.

Pero el criterio de la habitualidad, tal como se viene exigiendo para la afiliación en la Seguridad Social de los subagentes de seguros, no es aplicable a los agentes de seguros, condición que ostenta la hoy parte demandante-recurrida. En tal sentido, es de mencionar la sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 2002 , que con cita de la sentencia de la misma Sala de 14 de mayo de 2001 (a la que siguieron las de 12 de junio , 8 de junio , 4 de julio y 6 de julio de 2001) dice "que el agente y el subagente se encuentra en posiciones profesionales distintas en orden a su inclusión en el régimen especial de trabajadores autónomos, pues el agente de seguros mantiene con la compañía aseguradora un contrato de agencia (art. 6.1 y 7 de la L. 9/92) que supone la asunción de una actividad de promoción de manera continuada o estable (art. 1 de la L. 12/92) lo que no sucede en el caso de los subagentes que solo asumen una colaboración con los agentes (art. 7.3 de la L. 9/92) en condiciones que pueden ser variables en cada caso hasta el punto de que en relación con ellos se ha admitido en determinados supuestos la posible existencia de una relación laboral (sentencia de 6 de febrero de 1998).

[...]

A la vista de lo que se deja dicho no cabe la menor duda de que si el agente de seguros desempeña una actividad de manera continuada y estable debe entenderse que en todo caso el trabajo desarrollado por el mismo cumple el requisito de la habitualidad previsto en el art. 2-1 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto , regulador del RETA. De aquí que cuando se trata de agentes de seguros no sea necesario acudir al sistema de la presunción de habitualidad inferida esta última de 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.

Solo en el caso de que se demostrase que el agente de seguros no trabaja con esas características de continuidad y estabilidad, podría pensarse en exigir la prueba de la habitualidad derivada de la percepción de unos determinados ingresos como así ocurre en el caso de los subagentes quienes, de conformidad con el art. 7.3 de la repetida Ley 9/92 de 30 de abril no tienen la consideración de agentes de seguro» (FJ 3º).

Finalmente, la sentencia de la Sala de lo Social de 20 de marzo de 2007 (rcud. 5006/2005), recaída en torno al caso de un vendedor ambulante de menaje de cocina, tras reproducir un fragmento de la ya citada sentencia de 29 de octubre de 1997 , añadió:

«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» (FJ 4º).

Los pronunciamientos referidos, cuya doctrina asumimos, conducen, en definitiva, a la conclusión de 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.

3.- El artículo 213.4 del TRLGSS y el requisito de habitualidad

Ahora bien, el precitado análisis y sus conclusiones no son suficientes en nuestro caso, en que el supuesto de hecho contiene la especialidad de que el trabajador cuya inclusión en el RETA se cuestiona está jubilado y percibe pensión de jubilación contributiva.

En tal caso, es de aplicación el artículo 213.4 del TRLGSS, que se introdujo, con posterioridad a la última de las sentencias citadas en el apartado precedente, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social introdujo, a través de su disposición adicional 31.ª, añadiendo un nuevo apartado cuarto en el artículo 165 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, cuyo contenido se trasladó con sustancial coincidencia al actual artículo 213.4 del TRLGSS y que preceptúa:

«4. El percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social.

Las actividades especificadas en el párrafo anterior, por las que no se cotice, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social».

Como dice la Sala de lo Social de este Tribunal en Sentencias como la núm. 842/2021, de 23 de julio de 2021 (Rec. 2956/2019), existen razones que inspiran una regulación que permita compatibilizar en mayor manera la pensión de jubilación y el trabajo. La primera la fija la Recomendación de 25 de enero de 2011 de la Comisión de Seguimiento del Pacto de Toledo, en que se promovía el denominado «envejecimiento activo», considerado «la prolongación de la vida laboral de los ciudadanos como un objetivo necesario y deseable» y entendiendo «que es necesario incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación», para lo que se proponía «la mejora de cuantos incentivos sociales, fiscales y laborales sean posibles para fomentar la permanencia de los trabajadores en activo», permitiendo «una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral».

En este marco, el supuesto regulado en el art. 213.4 TRLGSS constituye un supuesto específico de excepción a la regla general de incompatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación -establecida en el art. 213.1 del TRLGSS-, distinto de otras manifestaciones de las situaciones compartidas de trabajo y pensión también de aplicación general; cuales son la jubilación parcial, regulada en los artículos 215 TRLGSS y 12.6 y 12.7 de la Ley del Estatuto

de los Trabajadores, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET), que consiste en una modalidad de jubilación en la que el trabajador compagina la realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial con la percepción de la pensión de la Seguridad Social, minorada en proporción inversa a la reducción de su jornada; la jubilación activa, establecida en el artículo 214 TRLGSS, permite compaginar la realización de cualquier trabajo, por cuenta propia o ajena, con el percibo de la pensión de jubilación reducida en los términos normativamente previstos; y la llamada jubilación flexible, que encuentra su encaje legal en lo previsto en el párrafo 2º del artículo 213.1 TRLGSS y es objeto de desarrollo en el Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, y que constituye una modalidad de jubilación parcial, si bien con la diferencia de que el acceso a la pensión no tiene lugar desde una situación inmediatamente anterior de actividad sino desde una jubilación total. Hay que destacar, por otra parte, que lo que resulta incompatible con el trabajo es el disfrute de la pensión, pero sin que ello pueda suponer «que el jubilado perceptor de pensión no pueda -si le es posible y lo desea- trabajar», como señaló ya la STS 11-7-1994 (Recurso 3137/1993).

Pues bien, es preciso hacer notar que este precepto -el art. 213.4 TRLGSS- se ubica dentro del "Capítulo XIII. Jubilación en su modalidad contributiva", del "Título II. Régimen General de la Seguridad Social" del TRLGSS, por lo que sus previsiones resultan aplicables al RETA, por así contemplarlo de forma expresa el artículo 318.d) TRLGSS.

Debemos analizar por tanto si este apartado 4 del art. 213 TRLGSS supone 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, aun cuando se trata -el artículo 213.4- de un precepto circunscrito, en principio, a regular la compatibilidad de la pensión de jubilación con trabajos del pensionista, es decir, en materia de prestaciones.

Este interrogante, aunque no haya sido explícitamente abordado por las partes en sus escritos rectores, sí se desprende directamente de la argumentación de la sentencia recurrida y es relevante para dar respuesta a la cuestión con interés casacional identificada en el auto de admisión, por lo que procede analizarlo:

1. En primer lugar, podemos apreciar que el tenor literal del precepto no resulta concluyente porque, si bien su regulación parece circunscribirse inicialmente a la mera compatibilidad de la pensión de jubilación con determinados trabajos por cuenta propia que no superen el salario mínimo interprofesional, a continuación, contempla la exclusión de la obligación de cotizar por dichas actividades compatibles, lo que se encuentra evidentemente relacionado con los efectos del alta en el RETA.

Ciertamente, el encuadramiento y alta en un régimen del sistema de la Seguridad Social y la obligación de cotización no son nociones coincidentes. Pero no puede obviarse que se encuentran estrechamente vinculadas, puesto que el alta supone el reconocimiento por la Tesorería General de la Seguridad Social de que una persona se encuentra comprendida en el campo de aplicación del régimen correspondiente, de lo que se desprende inmediatamente un conjunto de derechos y obligaciones (artículos 7.1 y 9.1 del Real Decreto 84/1996), y entre estas últimas, se encuentra, destacadamente, la obligación de cotizar (artículos 18 TRLGSS y 12 y 43 del Real Decreto 2064/1995).

De este modo, 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 (párrafo 2º del artículo 213.4 TRLGSS), parece posible contemplar, preliminarmente, que este precepto sea hábil para 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.

2. Sin embargo, el criterio sistemático se opone a lo anterior. En efecto, en primer lugar, no debe olvidarse que estas previsiones legales (i) se encuentran en un precepto ubicado en un Título diferente al que contiene las disposiciones del RETA, (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.

No puede desconocerse, por otro lado, que la inclusión de esta norma trae origen de la enmienda n.º 313 presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) (BOCG



núm. 120-10, de 17 de junio de 2011, pág. 176) que proponía la redacción que finalmente quedó integrada en la ley, sobre la siguiente justificación: «Permitir la complementariedad de los ingresos inferiores al Salario Mínimo Interprofesional con el disfrute de la pensión de jubilación». Puede apreciarse, en definitiva, que la intención del legislador no era, en rigor, la de modificar o concretar, con carácter general, el requisito de habitualidad, sino solamente habilitar, en ese concreto ámbito de la pensión de jubilación, su compatibilidad con aquellos ingresos que pudieran calificarse de marginales.

Esta conclusión viene corroborada por el hecho de que, posteriormente, la ya citada disposición cuarta de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, contemplara 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», 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 alcanzamos 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 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y del artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo para concluir la improcedencia del alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

3. Ahora bien, sostener que el artículo 213.4 del TRLGSS opera de manera estanca e impermeable a los requisitos de alta en el RETA produciría situaciones que podemos considerar patológicas o disfuncionales, como sería el caso de la eventual obligatoriedad del alta en el RETA de un pensionista, al amparo del artículo 305 TRLGSS, por considerarse que, aun no superando el salario mínimo interprofesional, la actividad por cuenta propia que realiza es habitual, pero sin quedar obligado a cotizar por dichas actividades y sin generar nuevos derechos sobre las prestaciones -por efecto directo del artículo 213.4, párrafo 2º TRLGSS-, siendo éstos los principales aspectos que, precisamente, justifican el alta en el régimen.

De igual modo, preterir las disposiciones del artículo 213.4 TRLGSS -en particular, la relativa a la no obligación de cotizar- como consecuencia de una aplicación excluyente del artículo 305 TRLGSS y concordantes que conlleve al alta del pensionista en el RETA con todos sus efectos inherentes, entre ellos, el deber de cotizar y la eventual suspensión de la pensión de jubilación -que parece ser la tesis de la Tesorería recurrente en casación-, supondría vaciar de contenido efectivo a aquel artículo 213.4 TRLGSS y neutralizar la finalidad para la que se introdujo la norma, lo que tampoco resulta admisible.

4. En definitiva, una interpretación integrada de ambos preceptos, tomando en cuenta lo indicado hasta el momento nos conduce a concluir que 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.

Este criterio resulta, además, 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, que señala:

«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».

Finalmente, la virtud de esta conclusión puede entenderse reforzada también por el principio inspirador del artículo 7.5 del TRLGSS cuando dispone:

«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».

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.

Añadamos, por último, y para evitar que se susciten interrogantes al efecto, 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, que excluye la aplicación del artículo 165.4 TRLGSS/1994 (actual 213.4 TRLGSS /2015) por tratarse de un "autónomo societario" y no de un "autónomo clásico"; señalando:

"Siendo ello así, la situación del pensionista no estaría bajo el ámbito de aplicación del art. 165.4 de la LGSS 1994, que introdujo la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social ya que, manteniéndose la regla general de incompatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista a la que se refiere su apartado 1, la salvedad que el apartado 4 recoge para los trabajadores por cuenta propia lo es para unas actividades específicas que no generan obligación de cotizar por prestaciones ni, por ende, van a generar derechos en ese ámbito del régimen de la seguridad social, situación que no es la que ostenta la parte demandante desde el momento en que su alta en el RETA, no cuestionada, lo es por el desarrollo de actividad mercantil societaria y a todos los efectos."

Esta doctrina trae su causa de la sentada en Sentencias de la misma Sala como la núm. 842/2021, de 23 de julio de 2021, y en otras de la misma fecha, que trataban una cuestión análoga (la interpretación del art. 214.3 TRLGSS, que permite la compatibilidad al 100% de la pensión si el trabajador por cuenta propia ha contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena con los requisitos legalmente previstos) en el caso de los «autónomos societarios». Dicho cuerpo doctrinal distingue entre la inclusión en el RETA que se contempla en el apartado primero del art. 305 TRLGSS, donde se regula la figura del que podemos considerar «autónomo clásico», de la inclusión prevista en el apartado segundo de «quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo directo o indirecto, de aquella», y que se reitera en el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, cuyo apartado primero refiere a la inclusión en el RETA del «autónomo clásico» y en el apartado segundo del «autónomo societario».

Y allí se planteó la cuestión de si el incremento de pensión sólo sería de aplicación al primer supuesto («autónomo clásico») que tenga contratado al menos un trabajador, o también al segundo («autónomo societario»), que tendrá contratado al menos a un trabajador, pero a través de la sociedad de la que ostenta las funciones de dirección y/o gerencia. Y la Sala Cuarta llega a concluir que esta excepción a la regla de incompatibilidad entre trabajo y pensión no se aplica al «autónomo societario» diciendo con toda claridad que en este caso en realidad el referido autónomo no presta servicios por cuenta propia, sino que lo hace para la sociedad de capital, que es quien corre exclusivamente con los riesgos del negocio, ya que conforme al art. 2.2 de la Ley 2/2007, y 305.2.2 b) TRLGSS, las actividades, realizadas por el autónomo societario, se desempeñan para la sociedad. Siendo ello así, sólo el «autónomo clásico» es quien asume los riesgos empresariales, de ahí que la conclusión que alcanza la Sala 4ª del Tribunal Supremo es que sólo a éstos (los «autónomos clásicos») les sea de aplicación la previsión del precepto reseñado (abundando además, lo que interesa menos a nuestro caso, que en el supuesto de «autónomos societarios» la contratación del trabajador no se realiza por el autónomo, sino por la sociedad de la que ostenta el cargo de consejero o administrador).

Como decimos, nuestra doctrina es plenamente coherente con la allí sentada, en tanto que la nuestra se refiere a los trabajadores por cuenta propia, y la Sala de lo Social, en las Sentencias antedichas, ha excluido que los trabajadores societarios tengan realmente tal carácter, siendo su alta en el RETA por mera disposición legal; infiriéndose, "a sensu contrario", la aplicación de tales supuestos de compatibilidad entre trabajo y pensión en el caso de los conocidos como "autónomos clásicos".

QUINTO- Decisión de la Sala sobre la segunda parte de la cuestión planteada

Si bien, tal y como se plantea en el Auto de admisión, 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 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 artículo 1 de la Ley 20/2007, para concluir la procedencia del alta en el RETA -que no, con carácter general, según se ha expuesto-; sin embargo sigue siendo necesario darle respuesta, en tanto 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.

Al respecto, debemos traer a colación el artículo 50 del TRLGSS, que contiene la siguiente regla para el cómputo de los ingresos a efectos del reconocimiento o mantenimiento del derecho a prestaciones, como sería el caso del mantenimiento de una pensión de jubilación:

«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 complementos por mínimos de pensiones».

Por su lado, el artículo 59.1 TRLGSS, al que se remite el anterior, dispone en su párrafo tercero, "in fine":

«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».

El tenor literal de estos preceptos -que 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- es inequívoco, y no pueden oponerse al mismo consideraciones teleológicas, como las hechas en las Sentencias citadas por la interposición, que, o bien son anteriores a la introducción de este art. 50 ya en el TRLGSS de 1994 por la Ley 27/2011, o bien no lo aplican.

Llamemos la atención, a mayor abundamiento, sobre el hecho de que esta misma Ley 27/2011 fue la que introdujo el apartado 4 del art. 165 del TRLGSS de 1994, antecedente del 213.4 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 artículo 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.

SEXTO.- Fijación de doctrina jurisprudencial

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 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y del artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo 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 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, 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 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, 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".

3.- En consecuencia, razones de unidad y coherencia en la interpretación jurídica de esta Sala nos llevan a confirmar esta doctrina y declarar como respuesta de interés casacional la siguiente:

"1º- 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 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y del artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo 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.

2º- Ahora bien, cuando sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 213.4 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, 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.

3º- A los efectos del artículo 213.4 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, 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".

QUINTO.- La aplicación de la doctrina casacional al caso. La estimación/desestimación del recurso de casación.

1.- La aplicación de la doctrina fijada en el fundamento anterior al supuesto de autos conduce a estimar el recurso de casación por los siguientes motivos:

(i) Si bien la Sala de instancia consideró acertadamente que, con carácter general, la concurrencia del requisito de habitualidad del artículo 305 TRLGSS no puede basarse en la sola constatación de que los ingresos del interesado no superaran la cifra del salario mínimo interprofesional, sin embargo obvió que cuando sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 213.4 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, el encuadramiento y alta en el RETA de un 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 del requisito de habitualidad.

(ii) Y, además, al considerar los ingresos anuales brutos del actor, y no en términos netos conforme a los parámetros fijados por la legislación fiscal, excluyendo de los rendimientos íntegros los gastos deducibles de acuerdo con dicha legislación fiscal, se apartó de la doctrina casacional que declaramos en esta sentencia.

(iii) En consecuencia, dado que el recurrente entre el 18 de junio de 2019 y el 31 de agosto de 2022 se encontraba en situación de pensionista, le resultaba de aplicación el artículo 213.4 TRLGSS, que, como hemos indicado, impide el alta en el RETA si percibe una pensión de jubilación y realiza trabajos por cuenta propia cuyos ingresos netos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual.

Por ello procede casar y anular la sentencia de instancia, por resultar contraria a la doctrina casacional declarada.

2.- Entrando en el examen del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte actora, de la relación fáctica hecha por la Sala de instancia y recogida en la sentencia recurrida, intangible en esta sede casacional, se infiere que los rendimientos netos de la actividad litigiosa en los ejercicios controvertidos no superaban

la cifra del salario mínimo interprofesional. En la documentación aportada por el recurrente en el proceso de instancia se incluyen datos que no han sido contradichos por la Administración demandada ni se refutan en la sentencia impugnada, y que permiten corroborar que la cuantía de los rendimientos netos de los ejercicios 2018 a 2022 fue inferior la cifra del salario mínimo interprofesional.

Ello impide que durante el tiempo en que fue pensionista, esto es entre el 18 de junio de 2019 y el 31 de agosto de 2022, por aplicación del artículo 213.4 del TRLGSS en la interpretación dada en esta sentencia, se le pudiera exigir el alta en el RETA por dichas actividades, sin que proceda analizar la concurrencia o no del requisito de habitualidad.

Sin embargo, no sucede lo mismo respecto del periodo transcurrido entre el 1 de julio de 2018 y el 18 de junio de 2019, en que la situación del recurrente era de trabajador por cuenta ajena de la empresa Volkswagen. En este supuesto, por el contrario, sí resulta decisivo acreditar la habitualidad de esa actividad que compaginaba con su puesto de trabajo principal. Y a la hora de hacerlo, como hemos indicado en la doctrina casacional declarada en esta sentencia, si bien la comparación de los ingresos percibidos en ese periodo con la cifra del Salario Mínimo Interprofesional constituye un indicio apto para analizar la concurrencia del requisito de habitualidad, su apreciación exige tener en cuenta la normativa reguladora y el resto de las circunstancias concurrentes.

La sentencia recurrida lleva a cabo ese examen y aprecia que existía esa habitualidad sobre la base de lo siguiente: que llevaba 26 años realizando esa actividad- según se desprende de su alta en el RETA desde 1997-; que realizaba esa actividad en un local de su propiedad; y que los ingresos brutos eran relevantes: 29.719?10 euros en 2018 y 35.841?81 euros en 2019.

La Sala comparte ese criterio y añade que, aun cuando el local en el que realizaba la actividad examinada no estuviera abierto al público, como aduce la parte actora, y no pudiera aplicarse la presunción establecida en el art. 2.3 del Decreto 2530/1970, no deja de ser un indicio de la permanencia y continuidad de esa actividad. Y lo mismo cabe decir no solo de los ingresos brutos declarados sino también de los gastos deducidos en ese periodo -10.302?60 euros en 2018 y 12.600 euros en 2019- que, aunque supongan un ingreso neto anual inferior al SMI, no dejan de reflejar una habitualidad de la actividad realizada. El hecho de que su rentabilidad pueda ser pequeña no es un elemento determinante para descartar la habitualidad, a no ser que concurra la situación de pensionista prevista en el art. 213.4 del TRLGSS, lo que no sucede en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2018 y el 18 de junio de 2019. Por eso debemos confirmar la sentencia recurrida en este extremo.

En conclusión, procede estimar en parte el recurso planteado en la instancia, anulando la resolución administrativa impugnada en lo que se refiere al periodo que va desde el 18 de junio de 2019 y el 31 de agosto de 2022, ordenado a la TGSS de Navarra que proceda a revocar el alta en el RETA del actor en ese periodo, con los efectos económicos correspondientes, desestimando el resto del recurso.

SEXTO. - Costas.

Con arreglo al artículo 93.4 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, en el recurso de casación cada parte soportará sus propias costas y las comunes por mitad.

En lo que se refiere a las costas del proceso de instancia, no procede su imposición de las costas por tratarse de una estimación parcial, conforme a lo dispuesto en el art. 139.1 de la LJCA.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la doctrina casacional reseñada en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta resolución:

PRIMERO.-Estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia nº 23/2024, de 15 de febrero, de la la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el recurso contencioso-administrativo nº 177/2023, que se casa y anula.

SEGUNDO.-Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo nº 177/2023 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, interpuesto por don Gustavo contra la resolución del Jefe de la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial de Navarra de la Tesorería General de la Seguridad Social en Navarra, de fecha de 3 de marzo de 2023, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Dirección Provincial de Navarra de 12 de enero de 2023 que deniega anular el alta de oficio en el RETA desde el 1 de julio de 2018 del recurrente, anulándolas en lo que se refiere al periodo comprendido entre el 18 de junio de 2019 y el 31 de agosto de 2022, ordenando a la TGSS de Navarra que proceda a revocar el alta en el RETA del actor en ese periodo, con los efectos económicos correspondientes, desestimando el resto del recurso.



TERCERO.-En lo que se refiere a las costas procesales, estar a lo que se recoge en el último Fundamento de esta resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ