firma legal
Abogados

LA FALTA DE HABITUALIDAD COMO EXCEPCIÓN A LA OBLIGACIÓN DE ALTA EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE AUTÓNOMOS. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

NOTA INFORMATIVA

Autor

D. José Hurtado Cobles, Abogado, Master en Derecho laboral y de la Seguridad Social y asesor de la Comisión laboral y de Seguridad Social del Col.legi Oficial de Gestors Administratius de Catalunya.

mayo de 2016

En el artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, que aprueba el Estatuto del Trabajador Autónomo se señala que:

*"La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen **de forma habitual**, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de*

dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena".

En parecidos términos se exige la habitualidad cuando se fijó el concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo a efectos de su inclusión en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos, en el artículo 1.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, al indicarse:

" 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".*

La habitualidad como presupuesto en el Régimen Especial de Autónomos es un concepto jurídico indeterminado que no se concreta por el legislador. Únicamente encontramos dos aclaraciones normativas sobre la habitualidad que nos ofrece el propio artículo 2 del Decreto citado:

- *"2. La habitualidad para los trabajadores que se ocupen en trabajos de temporada quedará referida: la duración normal de ésta.*
- *3. 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."*

A pesar de tales matizaciones legislativas debemos acudir a la doctrina jurisprudencial para definir el alcance del concepto y precisar en qué ocasiones será necesario formalizar la correspondiente alta en el Régimen Especial y cuándo no.

Y una primera sorpresa nos aparece cuando apreciamos que, a pesar de que el concepto habitualidad debería ir relacionado directamente con una referencia cronológica, pues en virtud de una interpretación gramatical puede decirse que habitualidad implica cierta periodicidad en el ejercicio de un trabajo y que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española habitual es aquello que se hace con continuidad, no piensa así nuestra doctrina jurisprudencial.

En primer lugar, para determinar su real alcance se acude por la doctrina judicial a una serie de indicios externos:

- Así, primero y siguiendo la pauta del apartado 3º del citado Decreto, hay que examinar si se tiene establecimiento abierto al público.

- Y, segundo, también se ha acudido al indicio de la exclusividad, entendida ésta, o bien como actividad única del autónomo, lo que denota profesionalidad en la misma, o bien, como trabajo personal sin contar con la participación de otras personas, especialmente de trabajadores por cuenta ajena, lo que denota que es el propio autónomo quien ha de ejercer la misma de modo habitual.

Y, si tales indicios -aparentemente lógicos- no aportan luz suficiente sobre la cuestión la jurisprudencia, en tercer lugar, ha acudido al que parece no tan lógico en términos de razonabilidad, criterio objetivo del montante de ingresos derivados de la actividad, según el cual **habrá habitualidad cuando la actividad realizada supere el umbral del salario mínimo percibido en términos anuales**.

El punto de partida de este último indicio lo encontramos en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997 que se pronuncia acerca del significado del requisito de habitualidad que la normativa vigente sobre Seguridad Social de trabajadores autónomos establece para el encuadramiento y afiliación en este Régimen especial.

En dicha Sentencia se considera específicamente el supuesto de personas que sin otra ocupación, salvo las tareas del hogar, suscriben contratos como subagentes de seguros (ahora auxiliares externos), al servicio de agentes de una compañía de dicha rama de actividad, en cumplimiento del cual vienen percibiendo remuneraciones, que pueden o no superar el importe del salario mínimo interprofesional, considerando que en tales casos el criterio del montante de la retribución es apto para apreciar el requisito de la habitualidad.

Según declara la Sentencia, 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 esta afirmación se añade 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.

Concluye la Sentencia que 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.

Respecto del mismo colectivo de subagentes de seguros y en el mismo sentido se puede citar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de febrero de 2001 que atiende al mismo criterio del nivel de ingresos, aún reconociendo que éste no es el único criterio a analizar.

Esta doctrina se ha extendido más tarde a otras actividades económicas. Así, por ejemplo, podemos encontrar los siguientes casos:

- Vendedor ambulante de menaje de cocina (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha de 26 de septiembre de 2005 y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007). Esta última declara 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*".

- Titular de explotación de engorde y cría de ganado porcino (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, de 11 de noviembre de 2003). El trabajo en la explotación se limitaba a una hora cada día por la tarde y algún tiempo más los sábados y los domingos. Consistía en la limpieza y vigilancia de la alimentación para la que había una tolva donde se depositaba el pienso que traía la empresa con la que había contratado. En este caso se acreditó que los ingresos anuales del recurrente excedían del salario mínimo interprofesional, lo que impedía la aplicación de la doctrina jurisprudencial, apreciando por tanto que la actividad ganadera realizada revestía las notas necesarias de permanencia y habitualidad, a los efectos del art. 2 del Decreto 2530/1970.

- Psicóloga (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, de 17 de septiembre de 2002). La actora trabajaba por cuenta ajena como psicóloga para Servicio de Salud, con alta en el Régimen General de la Seguridad Social, y durante unos años estuvo ejerciendo además como psicóloga a título particular. Se acredita que durante esos años el rendimiento de su actividad privada fue negativo, siendo siempre mayores los gastos que los ingresos, por lo que aplicando la doctrina establecida por la sentencia de 29 de octubre de 1997, no se aprecia la concurrencia del requisito de la habitualidad, por lo que no procedía el alta en el RETA.

Personalmente entendemos que la exclusión de los trabajadores autónomos marginales se produce quizás por la rigidez en las bases mínimas de cotización, si se replanteara la cotización, al menos en su base mínima, por lo realmente declarado todo este problema habría quedado resuelto. Sin embargo, la redacción definitiva de la actual Ley de Estatuto del Trabajador Autónomo no ha hecho referencia alguna a la posibilidad de la parcialidad dentro de este régimen, así como tampoco lo hace en lo referente a las notas aclaratorias de la habitualidad por lo que, aún a nuestro pesar, deberemos seguir analizando los indicios apuntados caso por caso.