



O F I C I O

N/REF: AV/ma

FECHA: 14 de junio de 2012

ASUNTO:

DESTINATARIO: SR. DIRECTOR GENERAL DE LA INSPECCION DE
TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.
MADRID



Es de referencia el escrito de esa Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social nº 54/0000193/12 (Ref. JSFS/AAR Exptes. 120 y 124/2011 Subdirección General de Relaciones Institucionales y Asistencia Técnica), mediante el que se eleva consulta a este Centro directivo acerca de la compatibilización del percibo de la pensión de jubilación y la realización de trabajos por cuenta propia, al amparo de lo establecido en el apartado 4 del artículo 165 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

En dicho escrito *“se interesa en primer lugar, si procede el alta en el RETA, de un trabajador jubilado que realiza trabajos por cuenta propia, cuando aún no se han podido constatar los ingresos percibidos o que vaya a percibir, y en segundo lugar, si la realización de forma habitual, personal y directa de una actividad lucrativa por cuenta propia en la que no se obtenga un lucro superior al SMI en cómputo anual, conlleva la obligación de alta en el referido régimen especial”*.

Al respecto, y como continuación a nuestro anterior escrito de fecha 29 del pasado mes de febrero, se manifiesta lo siguiente, una vez conocido el criterio que la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social mantienen en el ámbito de sus respectivas competencias con respecto a la aplicación de lo previsto en el citado apartado 4 del artículo 165 de la LGSS.



El apartado 4 del artículo 165 de la LGSS, incorporado por la Disposición adicional trigésima primera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, dispone, de manera novedosa (primer inciso del primer párrafo), que *“El percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos totales anuales no superen la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo anual”*, así como que *“Quienes realicen estas actividades no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social”* (segundo inciso).

Al añadirse dicho apartado 4 en el artículo 165 de la LGSS, lo que en realidad hizo la Ley 27/2011 es, a través de la regulación de la pensión de jubilación, asumir la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo interpretativa de las normas sobre el campo de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA), contenida, entre otras, en su sentencia de 29 de octubre de 1997 (RJ 1997/7683), la cual viene a igualar el requisito de la habitualidad al percibo de cantidades superiores al salario mínimo interprofesional.

Debe matizarse, no obstante, que el montante de la retribución no es un elemento exclusivo ni excluyente del requisito de la habitualidad, sino que es un elemento más a tener en cuenta en el encuadramiento de un trabajador en el RETA, por lo que no es suficiente alegar el importe de lo obtenido, debiendo apreciarse otros aspectos, cuales son el tiempo de dedicación, experiencia en las actividades efectuadas, características del negocio, o de la actividad económica, así como el propósito o determinación con que se afronte una actividad económica, es decir, si se plantea como perdurable en el tiempo, con ánimo de lucro o como medio de vida, ya sea principal o complementario, etc.

Por otro lado, si la actividad a realizar se concentrase en algunos meses del año, de forma que la referida actividad puede ser considerada como habitual por el tiempo dedicado a dicho período, aunque en cómputo anual la remuneración obtenida sea inferior al salario mínimo interprofesional, en este caso procedería el alta en el RETA en los meses en que se desarrolla la actividad, sin olvidar el juego de la presunción que establece la propia norma de encuadramiento de considerar como trabajador autónomo a quien ostente la titularidad de un establecimiento



abierto al público como propietario, usufructuario, arrendatario u otro concepto análogo.

En cuanto al carácter lucrativo de la actividad como requisito de inclusión en el RETA, la obtención de ingresos por importes superiores o inferiores al salario mínimo interprofesional en cómputo mensual o anual en función del período en el que se desarrolla la actividad, puede servir de referencia para considerar la actividad como lucrativa o no, pero en modo alguno debe ser entendido en términos absolutos, toda vez que un trabajo es autónomo o no a efecto de inclusión en el RETA desde el inicio si la actividad es habitual y se presume que el rendimiento obtenido es lucrativo aunque inicialmente no alcance dicho mínimo.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto y de lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y respondiendo a las dos concretas preguntas planteadas, hay que indicar:

1.- En cuanto al alta de un trabajador en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, cuando aún no se han podido constatar los ingresos percibidos o que vaya a percibir, se considera procedente la inclusión de aquellos trabajadores que desarrollen o vayan a desarrollar una actividad laboral personal, habitual y lucrativa, con suficiente dedicación temporal y perspectivas de obtención de lucro, que en tiempo prudencial debe alcanzar el salario mínimo interprofesional, requisito que se presume concurren en los titulares de los establecimientos abiertos al público, y ello aunque en el momento del alta en el Régimen, que debe efectuarse dentro del mes de inicio de la actividad, no se conozca la cuantía de los ingresos percibidos o que vaya a percibirse

Por tanto, el límite cuantitativo a que alude la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no un requisito de encuadramiento en el RETA, sino un elemento orientativo de la valoración del requisito de la habitualidad exigido en la norma.

2.- En cuanto a si la realización de forma habitual, personal y lucrativa de una actividad por cuenta propia en la que no se obtenga un lucro superior al salario mínimo interprofesional en cómputo anual conlleva la obligación del alta en el



Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, la concurrencia de los indicados requisitos de habitualidad y lucro fundamentan la inclusión en el Régimen, aunque por lo que respecta al requisito de actividad lucrativa los ingresos deben superar el salario mínimo interprofesional, si no es inicialmente, en tiempo prudencial.

Por el contrario, si la actividad de que se trata se va a realizar por un trabajador durante todo el año, y por tal actividad está previsto o puede preverse que los ingresos obtenidos no alcanzarán el importe neto del salario mínimo interprofesional en cómputo mensual o anual, se estará ante una actividad no lucrativa por la escasa rentabilidad obtenida, por lo que queda excluida del RETA al carecer de unos de los requisitos exigidos para su inclusión.

Asimismo, si la actividad autónoma que va a realizar el pensionista fuera habitual solamente en algunos meses del año, procede el alta en el RETA en dicho período aunque los ingresos obtenidos fueran inferiores al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, siempre que durante los meses de actividad los ingresos obtenidos fueran superiores al importe del salario mínimo interprofesional, establecido mensualmente.

DIRECTOR GENERAL,



Fdo: Rafael A. Barberá de la Torre