



Roj: STS 1753/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1753  
Id Cendoj: 28079140012016100206  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 3756/2014  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ  
Título: Régimen Especial de Autónomos  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Marzo de dos mil dieciséis.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra sentencia de fecha 15 de mayo de 2014, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso nº 49/2014 , por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por Don Carlos María , contra la sentencia de fecha 15 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Córdoba , en autos nº 475/13, seguidos por DON Carlos María frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre Incapacidad.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de octubre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 3 de Córdoba dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda sobre reconocimiento de derecho en materia de Seguridad Social relativa a incapacidad permanente interpuesta por Don Carlos María , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones deducidas en su contra, confirmando la resolución impugnada de 5/12/12 y la posterior desestimatoria de la reclamación previa." .

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Carlos María , nacido el NUM000 /52, con NASS NUM001 y categoría profesional de albañil, está incluida en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, estando al tanto de sus obligaciones de alta y cotización, con base reguladora a los efectos de incapacidad permanente total de 738,36 C. El demandante no tiene trabajadores dados de alta y ha cursado baja en el RETA en fecha 31/12/12.

SEGUNDO.- Por solicitud presentada el 5/12/12 se procedió a incoar por el INSS expediente de IP y tras su tramitación el EVI emitió dictamen propuesta en fecha 28/12/12 en el que, fijó el siguiente cuadro clínico residual sobre una contingencia de carácter común: "polialtralgias mecánicas. Diagnosticado de enfermedad articular degenerativa generalizada. Fractura de calcáneo izquierdo. Portador del gen de la distrofia miotónica de steinert". Como limitaciones orgánicas y funcionales describió: "para grandes exigencias de bipedestacion y/o deambulacion y actividades con requerimientos físicos de gran intensidad en fases de reagudización" (f. 11 del expediente). A tenor de lo anterior el INSS emitió resolución de 28/12/12 por la que denegó la prestación de incapacidad permanente, por no alcanzar, las lesiones que padece, un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de incapacidad permanente... (f. 10 del expediente).

TERCERO.- El trabajador sufrió el 24/11/11 una caída desde un tejado que le provocó la fractura del calcáneo izquierdo, siendo intervenido quirúrgicamente con implantación de Material de osteosíntesis.

CUARTO.- El actor está limitado para la realización de actividades que requieran importantes requerimientos físicos y bipedestacion o deambulación permanente y por terrenos irregulares en fase de reagudización.

QUINTO.- Se ha agotado la vía administrativa previa."

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de Don Carlos María ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 15 de mayo de 2014, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos, en parte, el recurso de suplicación formulado por el demandante Don Carlos María y, desestimando la demanda principal, estimamos la demanda subsidiaria, y revocando la sentencia recurrida, dictada en los autos nº 475/13 por el Juzgado de lo Social número tres de Córdoba y declaramos que el actor Don Carlos María, se encuentra en situación de incapacidad permanente parcial derivada de enfermedad común, y condenamos a los demandados Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación en cuantía y forma legales."

**CUARTO.-** Por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de septiembre de 2009, recurso nº 3557/2008.

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 7 de mayo de 2015 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de marzo de 2016, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El INSS recurre en casación unificadora la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla dictada el 15 de mayo de 2014 (R. 49/14), seguida de auto de 5 de junio siguiente que deniega su aclaración, que, revocando la resolución de instancia, estimó la petición subsidiaria del trabajador y le declara en situación de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual de albañil, encuadrado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), derivada de enfermedad común.

El actor, afiliado al RETA como dijimos, no tiene trabajadores dados de alta y él mismo cursó su baja en dicho Régimen el 31 de diciembre de 2012, después de que el día 5 del mismo mes el INSS incoara expediente de Incapacidad Permanente (IP) y emitiera Resolución el día 28 denegatoria de la IP por no alcanzar sus lesiones un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral. La impugnación de la resolución administrativa fue desestimada por la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Córdoba (autos 475/2013). En la demanda origen del proceso el actor solicitaba la declaración de incapacidad permanente total o, subsidiariamente, parcial.

Sin que el INSS hubiera impugnado el recurso de suplicación del actor -que reproducía íntegramente su pretensión-, la Sala de Sevilla, manteniendo incólume el relato fáctico de instancia, rechaza la petición principal, pero acepta la subsidiaria sin hacer cuestión del régimen especial al que el actor se halla afiliado y por el que se reconoce la prestación.

**SEGUNDO.-** El recurso del INSS que ahora se nos somete a conocimiento denuncia la infracción del art. 137.3 y Disposición Adicional 34ª de la LGSS, el art. 4 del RD 1273/2003 y los arts. 27.1.a y 36 del Dcto. 2530/1970, al reconocer una prestación, la IP Parcial (IPP) por contingencia común, con cargo al RETA, "cuando [según dice] la normativa vigente no permite su concesión". Para fundamentar el recurso aporta, como sentencia de contraste, la dictada por esta misma Sala IV del Tribunal Supremo el 15 de septiembre de 2009 (R. 3557/2008).

Concurre la contradicción exigida en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), aplicable al caso en virtud de la Disp. Transitoria 2ª. 2 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), tal como esta Sala ya ha reconocido en asunto similar, en el que se invocaba la misma sentencia referencial (STS 23-12-2011, R. 1018/2011).

En la sentencia de contraste se daba respuesta a un supuesto análogo al ahora examinado pues se trataba también de un trabajador del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos al que la Sala de

suplicación le había reconocido el grado de incapacidad permanente parcial, siendo el debate suscitado -allí, en casación unificadora- el de la cobertura de dicho grado en aquel régimen especial de Seguridad Social.

**TERCERO.-** La solución al recurso, igual que hacíamos en el mencionado precedente ( TS 23-12-2011) citando jurisprudencia consolidada al respecto, pasa, necesariamente, por casar y anular la sentencia recurrida que, en efecto, tal y como también señala el Ministerio Fiscal, se opone a doctrina reiterada de esta Sala.

Hemos sostenido que la acción protectora del RETA no se extiende a la incapacidad permanente parcial por contingencias comunes. Venimos recordando que " *el art. 27 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, prescribe lo siguiente: "1. La acción protectora de este Régimen Especial comprenderá: a) Prestaciones por invalidez en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez [...]. Por su parte el art. 36.1 dispone que "estará protegida por este Régimen Especial de la Seguridad Social la situación de invalidez permanente, cualquiera que fuera su causa, en sus grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez". Y advierte que "Los textos transcritos de los precitados arts. 27.1.a ) y 36.1 del Decreto 2530/1970 son respectivamente reiterados en sus mismos términos por los arts. 56.1.a) y 74.1 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta propia o Autónomos "* ( STS de 28 de febrero de 2007 -rcud. 3219/05 -)

Por otra parte, la aplicación de dichas normas " *no resulta impedida ni afectada por ninguna norma ni disposición posterior. Concretamente no la afectan ni la disposición adicional 34ª LGSS , sobre extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el RETA, disposición agregada por el art. 40.4 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales , Administrativas y de Orden Social, ni los arts. 4 y concordantes del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre , que regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores del RETA y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia. Basta señalar, respecto de estas últimas disposiciones, (...) que se refieren a la acción protectora por contingencias profesionales, en tanto que la incapacidad apreciada en el caso de autos deriva de enfermedad común".*

Añadiendo que " *el apartado primero del art. 137 LGSS , redacción de la Ley 24/1997 de 15 de julio (que establece cuáles son los diversos grados de incapacidad, relacionando entre ellos la incapacidad permanente parcial) no está incluido en la disposición adicional 8ª.1 LGSS , que enumera los preceptos que serán de aplicación a todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad "*

Así lo señala literalmente la sentencia de contraste y también lo hacía la STS de 19 de septiembre de 2007 (rcud. 3488/2006 ), en la que, además, se razonaba que " *pese a que la actitud del INSS en el proceso no fue todo lo diligente que hubiera sido aconsejable, pues se limitó a defender la inexistencia de la situación invalidante, sin ocuparse de combatir la posibilidad de conceder en el RETA una incapacidad permanente parcial derivada de contingencias comunes, como la pretendía el actor y le ha sido finalmente reconocida por la sentencia que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, no por ello cabe afirmar que la Entidad Gestora haya planteado en sede casacional una cuestión nueva".*

Procede, pues, la estimación del recurso, debiendo casar y anular la sentenci recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el recurso de aquella clase interpuesto por el demandante, con confirmación de la sentencia de instancia. Sin costas.

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

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia dictada el 15 de mayo de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en recurso de suplicación nº 49/2014 , casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimamos el recurso de aquella clase interpuesto por D. Carlos María , y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.



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

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ