

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA**

Sentencia 827/2013, de 20 de noviembre de 2013

Sala de lo Social

Rec. n.º 679/2013

**SUMARIO:**

**RETA. Incapacidad permanente total (IPT).** *Incompatibilidad del complemento de pensión de incapacidad permanente total del 20% con el mantenimiento de la titularidad del negocio.* La prestación de IPT de un trabajador autónomo no es incompatible con el mantenimiento de la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial, pero sí lo es con el derecho al percibo del complemento del 20%, puesto que si sigue siendo titular de los beneficios económicos que el negocio genera, aunque sea parcialmente, no se daría la situación de necesidad que el referido complemento pretende proteger. No obstante, aquella incompatibilidad no comprende cualquier tipo de emolumentos que el pensionista pueda percibir, en virtud de la titularidad que ostente sobre un determinado bien inmueble, sino únicamente es incompatible en aquellos casos en los que se acredite que el sujeto sigue percibiendo, aunque solo sea en parte, los beneficios económicos que el negocio sigue generando. Por ello cuando la titularidad solo afecta al bien inmueble, y como consecuencia de un contrato de arrendamiento del mismo se obtengan las correspondientes rentas, no existe aquella incompatibilidad, al no suponer la percepción de tales rentas participación alguna en los beneficios derivados de la actividad mercantil o industrial que se desarrolle en el mismo.

**PRECEPTOS:**

Decreto 2530/1970 (RETA), art. 38.1.

**PONENTE:**

*Doña Elena Pérez Pérez.*

**SENTENCIA n.º 000827/2013**

En Santander, a 20 de noviembre de 2013.

**PRESIDENTE**

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

**MAGISTRADAS**

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Mercedes Sancha Saiz

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. ELENA PEREZ PEREZ (PONENTE)

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y otro, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Seis de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. ELENA PEREZ PEREZ, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Que según consta en autos se presentó demanda por D. Gregorio siendo demandado el Instituto Nacional de la Seguridad Social y otro, sobre Incapacidad, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose

dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 10 de mayo de 2.013 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

### **Segundo.**

Que como hechos probados se declararon los siguientes:

1.º- Con fecha de 21 de noviembre de 2007, por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Santander se dictó Sentencia por la que se reconoció D. Gregorio (nacido con fecha de 22 de agosto de 1957) en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de autónomo de hostelería, con una base reguladora del 707,51 €/mes.

2.º- Previa solicitud del actor de fecha 16 de agosto de 2012, con fecha de 13 de septiembre de 2012 por el INSS se dictó Resolución por la que denegó la solicitud del actor del incremento del 20% de su pensión de incapacidad permanente total.

3.º- El actor, desde el 1 de enero de 2008, se encuentra en situación de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, en el epígrafe 8612: ALQUILER LOCALES INDUSTRIALES CORRALES DE BUELNA.

4.º- El actor es propietario del 50% de dos inmuebles, locales comerciales, que se encuentran alquilados.

5.º- Se ha agotado la vía administrativa previa.

### **Tercero.**

Que contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Único.**

La cuestión que se suscita en el presente caso, se ciñe a determinar si el actor tiene derecho o no a percibir el incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total que tiene reconocida en el RETA.

La resolución administrativa denegó dicho derecho con base en el art. 38 del RD 2530/1970, de 20 de agosto, al entender que el demandante obtenía ingresos incompatibles con la percepción del referido incremento.

La sentencia de instancia reconoció el derecho del actor. Para ello tiene en cuenta que no consta su participación en la explotación de ningún negocio, por cualquiera de los títulos que cita el art. 38. b ) y c) del RD 2530/1970 . Por ello, aunque ostenta la titularidad de dos inmuebles, que son locales comerciales, con una participación del 50% y que se encuentran alquilados, estando además en alta en el impuesto de actividades económicas, en el epígrafe 8612 (alquiler de locales industriales Corrales de Buelna), la sentencia reconoce el complemento. Considera que no puede equipararse su participación en el arrendamiento de los locales de negocio, con una actividad retribuida por cuenta ajena o propia, que determine su inclusión en cualquier régimen de Seguridad Social.

Frente a dicha resolución se alzan el INSS y la TGSS, en un único motivo en el que, con adecuado amparo procesal en el apartado c) del art. 193 LRJS, denuncian la infracción, por incorrecta aplicación, del art. 38.1.3 del RD 2530/1970, de 20 de agosto .

En términos generales, sostienen que la titularidad de dos inmuebles que son locales comerciales (50%) y su situación de alta en el impuesto de actividades económicas, acreditan que el actor realiza una actividad económica y que la misma le proporciona ingresos que, si bien son compatibles con la percepción de la prestación por incapacidad permanente total, no lo son con el percibo del incremento del 20%, de conformidad con lo dispuesto en el art. 38.1.c) del referido RD 2530/1970 .

Por tanto, el núcleo de la presente controversia se ciñe a determinar si concurre o no, el supuesto que regula el art. 38.1.c) del RD 2530/1970, según la redacción dada por el RD 463/2003.

En primer lugar, resulta conveniente recordar que el citado Real Decreto 463/2003, de 25 de abril, incorporó un tercer párrafo al art. 38.1 del Real Decreto 2530/1970, introduciendo en el régimen especial de trabajadores autónomos, el incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total, en los supuestos en los que el pensionista reuniese los requisitos siguientes: 1) Edad igual o superior a los 55 años; 2) que no ejerza una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, determinante de su inclusión en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social y 3) que no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

Este último requisito reduce el ámbito de aplicación del incremento y contrasta con la presunción "iuris tantum" del art. 2.3 Decreto 2350/1970, de 20 de agosto, pues el mismo establece que concurre la condición de

trabajador por cuenta propia con obligación de encuadrarse en el RETA, en quien ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, usufructuario, arrendatario u otro concepto análogo, salvo prueba en contrario, esto es, cuando se prueba que otra persona realiza las funciones de dirección del establecimiento.

Ahora bien, según el apartado c) del art. 38.1 RD 2530/1970, aunque el beneficiario de una prestación de incapacidad permanente total en el Régimen de autónomos, no realice actividad que determine el alta en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social, no podrá acceder al incremento del 20%, como consecuencia de ostentar la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, usufructuario, arrendatario u otro concepto análogo.

Por otro lado, el requisito que regula el art. 38.1.c) RD 2530/1970, ha sido interpretado por esta Sala, entre otras, en las SSTJS de Cantabria de 18-10-2006 (Rec. 835/2006), 23-7-2008 (Rec. 583/2008), 30-4-2008 (Rec. 294/2008).

En las referidas sentencias se razona que " (...) dicho precepto ha sido criticado por cuanto el propio grado de incapacidad permanente es compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio o actividad, pues de lo que se trata es de que, aun siendo titular, no se realice actividad o trabajo y además en el RETA la pensión de jubilación es compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio y el desempeño de funciones inherentes a dicha titularidad. Por ello, la justificación que se ha dado en la doctrina más autorizada es "que la norma vincula el incremento a una insuficiencia de recursos que no se produce cuando la titularidad del negocio proporciona determinados ingresos por la vía de los beneficios" (Desdentado y Tejerina) y que la razón de dicho precepto se encuentre en la intención de evitar situaciones fraudulentas (Sala Franco y Blasco Lahoz) unido a la conexión de la incapacidad total cualificada a la incapacidad de ganancia y no sólo a la incapacidad de trabajo (Goerlich Peset)."

Además, como puntualiza la STSJ de Cantabria de 18-10-2006, teniendo en cuenta la doctrina unificada derivada de la STS de 26-1-2004, lo esencial para el reconocimiento del incremento controvertido ha sido la inexistencia de una fuente de recursos, de forma que pueda compensarse la carencia de ingresos.

En el supuesto que examinaba dicha sentencia, el actor ostentaba una participación en la titularidad del establecimiento el 35%, dentro de la sociedad civil. Dicha participación, aunque no alcanzaba el 50%, se consideró suficiente para entender que se cumplía la previsión del art. 38.1.c), dado que la norma no habla de porcentajes de participación en el capital social y aun cuando ostentaba una participación inferior al 50%, resultaba clara su titularidad como propietario y por tanto estaba en condiciones de percibir ingresos por la vía de los beneficios, lo que determinaba una capacidad de ganancia mantenida.

En idéntico sentido se pronuncia la STSJ de Cataluña de 5-6-2008 (Rec. 8365/2006 ), sosteniendo que la titularidad del establecimiento, a la que alude el referido art. 38.1.c), no tiene por qué comprender la totalidad del mismo, siendo suficiente con que el trabajador siga percibiendo los beneficios económicos que el negocio siga generando.

También, en este sentido, se pronuncian las SSTSJ de Galicia de 18-9-2012 (Rec. 2558/2009 ) o de Valencia de 1-3-2012 (Rec. 2741/2011 ), entre otras.

En definitiva, lo que se mantiene en todas las sentencias indicadas, es que prestación de incapacidad permanente total de un trabajador autónomo, no es incompatible con el mantenimiento de la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial, pero sí lo es con el derecho al percibo del complemento del 20%, puesto que si sigue siendo titular de los beneficios económicos que el negocio genera -aunque sea parcialmente-, no se daría la situación de necesidad que el referido complemento pretende proteger.

En el caso que nos ocupa, consta que el actor ostenta la titularidad de dos bienes inmuebles, que son locales de negocio. Su participación en la titularidad es del 50% y desde el 1-1-2008, está en alta en el impuesto de actividades económicas, en el epígrafe 8612, por la actividad de alquiler de locales industriales. Con tales datos, se debe dilucidar si concurre o no, el supuesto regulado en el art. 38.1.c) del RD 2530/1970 .

La parte impugnante del recurso opone que, realmente, el actor no es propietario, arrendatario, ni usufructuario de un negocio, sino tan solo poseedor del 50% de la propiedad de dos locales por los que cobra un alquiler.

Cita en apoyo de su pretensión, la STSJ de Galicia de 27-6-2011 (Rec. 5361/2007 ). Esta sentencia, a lo largo de su argumentación jurídica, diferencia dos situaciones. La derivada de la titularidad de un local de negocio que es explotado por terceros y la que se produce cuando el propietario de un local, lo arrienda para que otros desarrollen una actividad laboral en el mismo. Este último supuesto no es incardinable en los conceptos regulados en el art. 38.1.c) RD 2530/1970, pues faltaría la acreditación de que el actor continúa desarrollando actividad profesional en el local que arrienda, ya que lo que prohíbe el precepto no es la percepción de rentas o emolumentos derivados del contrato arrendaticio.

Compartimos la argumentación de la sentencia que se cita en el escrito de impugnación, pues resulta evidente que el contenido del art. 38.1.c), no puede comprender el supuesto que ahora nos ocupa.

La incompatibilidad del incremento del 20%, no comprende cualquier tipo de emolumentos que el pensionista pueda percibir, en virtud de la titularidad que ostente sobre un determinado bien inmueble, sino que

solo es incompatible en aquellos casos en los que se acredite que el sujeto sigue percibiendo, aunque solo sea en parte, los beneficios económicos que el negocio sigue generando. De ahí que el precepto se refiera exclusivamente a los "establecimientos mercantiles o industriales".

Partiendo de que el establecimiento mercantil, de ordinario, se define como un conjunto organizado de bienes y derechos con los que el empresario lleva a cabo su actividad. De hecho, en la propuesta de Código Mercantil, se define el establecimiento mercantil como "los bienes inmuebles y las instalaciones en los que el empresario desarrolla su actividad" (artículo 131-3), cabe interpretar que el controvertido art. 38.1.c ), solo comprende los supuestos en los que la titularidad recae sobre el establecimiento en el que se desarrolla una determinada actividad mercantil o industrial por parte de un tercero, que determina una participación en las ganancias o beneficios derivados de la misma. Pero no, en los supuestos en los que dicha titularidad solo afecta al bien inmueble, aunque como consecuencia de un contrato, como el arrendamiento, se obtengan las correspondientes rentas pues el precio pactado en concepto de alquiler, no supone participación alguna en los beneficios derivados de la actividad mercantil o industrial que se desarrolle en el mismo.

Conviene precisar que a lo anterior, no se opone el hecho de que el actor se encuentre en situación de alta en el impuesto de actividades económicas, pues éste impuesto grava, de forma directa, no solo la realización de actividades empresariales, sino también cualquier tipo de actividad económica o artística y de hecho, el alquiler de locales, no se encuentra entre las actividades empresariales, sino en las económicas.

Por otro lado, las sentencias del TSJ Del País Vasco de 1-9-2008 y de Cataluña de 31-1-2006, en nada afectan al presente pronunciamiento, toda vez que analizan supuestos claramente diferentes del presente, en los que lo que se discutía era la continuidad en la explotación de un establecimiento mercantil.

En definitiva, al no haber incurrido la sentencia de instancia en las infracciones legales que se le imputan, procede su íntegra confirmación, con desestimación del recurso interpuesto, sin que haya lugar a efectuar expresa condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso formulado por el INSS y la TGSS frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 6 de Santander, de fecha 10-5-2013 (proceso n.º 826/2012), confirmando la misma en su integridad. Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, regulado en los artículos 218 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, el proceso al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN - Leída y publicada fue la anterior sentencia en día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.