

**BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)****TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 554/2016, de 22 de junio de 2016*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 353/2015*

**SUMARIO:**

**RETA.** *Reconocimiento de incapacidad permanente absoluta en virtud de sentencia, denegada previamente en vía administrativa, encontrándose la trabajadora en el alta en el régimen especial en el periodo a partir del cual se dictó la resolución del EVI objetivando las dolencias, sin que haya constancia alguna de que la demandante se incorporara realmente a sus actividades laborales por cuenta propia. El simple mantenimiento de la afiliación y la consiguiente cotización al RETA no puede entenderse sin más como una presunción de que se realiza esa actividad autónoma, y menos aún que la misma proporcione al asegurado recursos económicos suficientes para la subsistencia. Por ello, cuando la incapacidad permanente no venga precedida de una situación de IT o esta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen propuesta del EVI, correspondiendo al INSS probar la realización de trabajo efectivo y la obtención de rentas incompatibles.*

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 124.1 y 138.3.

Orden de 18 de enero de 1996 (Incapacidades laborales), art. 13.2.

**PONENTE:**

*Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga.*

**SENTENCIA**

En Madrid, a 22 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, en fecha 5 de noviembre de 2014, recurso n.º 1689/14, en proceso de incidente de ejecución, contra el auto dictado por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Granada en fecha 16 de mayo de 2014, en ejecución 33/14, autos n.º 1028/12, que desestimaba el recurso de reposición formulado contra el auto dictado en fecha 14 de abril de 2014, siendo parte ejecutante D.ª Encarna y parte ejecutada el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga

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

En fecha 16 de mayo de 2014 el Juzgado de lo Social n.º 1 de Granada dictó Auto, en ejecución n.º 33/14, autos 1028/12, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se acuerda desestimar el recurso de reposición formulado contra el auto de fecha 14-04-2014 que se mantiene en todos sus términos.»

**Segundo.**

Por la representación letrada de D.ª Encarna se interpuso recurso de suplicación contra la anterior resolución y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, dictó sentencia en fecha 5 de noviembre de 2014, autos 1689/14 en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por Encarna contra el auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 1 de GRANADA en fecha 16 de mayo de 2014, en Autos seguidos a instancia de aquella en reclamación sobre

OTROS DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES- EJECUCIÓN contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debemos revocar y revocamos el auto y condenamos al INSS a que abone a la parte actora 11699,09 euros.»

#### **Tercero.**

La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, en fecha 5 de noviembre de 2014, recurso n° 1689/14 , contiene los siguientes antecedentes de hecho: « Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por Encarna en reclamación sobre OTROS DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES-EJECUCIÓN contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y admitida a trámite, se dictó auto en fecha 9 de octubre de 2013, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición formulado contra el auto de fecha 14-04-14 que se mantiene en todos sus términos. Segundo.- En la resolución aludida se declararon como hechos probados los siguientes: PRIMERO.- En fecha 9-10-2013 se dictó sentencia en el presente procedimiento. Solicitada la ejecución de la sentencia, se cita a las partes a comparecencia y se dicta auto de 14-04-2014 en el que se estima la oposición del INSS. SEGUNDO.- Por escrito de fecha 21-04-2014, la parte demandante interpuso Recurso de Reposición contra dicha resolución. TERCERO.- Admitido a trámite dicho Recurso, se realiza traslado a la representación del INSS que presenta alegaciones. CUARTO.- Con fecha 16 de mayo de 2014 se dictó auto en el que se acuerda desestimar el recurso de reposición formulado contra el auto de fecha 14-4-2014, que se mantiene en todos sus términos. Tercero.- Notificado el auto a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por Encarna , recurso que posteriormente formalizó, no siendo en su momento impugnado por el contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.»

#### **Cuarto.**

- Por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) , se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de fecha 17 de octubre de 2013, recurso n° 3163/12 .

#### **Quinto.**

Se admitió a trámite el presente recurso y tras ser impugnado por la parte recurrida D.ª Encarna , se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar improcedente el recurso interpuesto.

#### **Sexto.**

Se señaló para la votación y fallo el día 22 de junio de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

1.- El Juzgado de lo Social número 1 de los de Granada dictó sentencia el 9 de octubre de 2013 , autos número 1028/2012, estimando la demanda formulada por DOÑA Encarna contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre INCAPACIDAD PERMANENTE, declarando a la actora en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión mensual del 100% de su base reguladora, son los incrementos, actualizaciones y revalorizaciones que fueran oportunas y desde la fecha reglamentaria establecida, condenando al INSS a estar y pasar por esta declaración, con revocación de las resoluciones administrativas impugnadas.

El 20 de enero de 2014 la parte actora instó la ejecución de dicha resolución, dictándose auto el 30 de enero de 2014 acordando el despacho de ejecución contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Formulada oposición a la ejecución por parte del ejecutado, tras la celebración de la preceptiva comparecencia, el Juzgado dictó auto el 14 de abril de 2014 estimando la oposición formulada, dejando sin efecto la ejecución iniciada. La Entidad Gestora procedió a deducir de los atrasos adeudados el periodo en el que la

ejecutante estuvo de alta en el RETA, ya que es incompatible la pensión con el ejercicio lucrativo de la profesión para la cual se ha reconocido la incapacidad.

El 21 de abril de 2014 la parte ejecutante presentó recurso de reposición contra el citado auto, dictándose auto el 16 de mayo de 2014 desestimando el recurso de reposición formulado.

**2.-** Recurrido en suplicación el auto de 16 de mayo de 2014 por DOÑA Encarna , la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, dictó sentencia el 5 de noviembre de 2014, recurso 1689/2014 , estimando el recurso formulado, revocando el auto impugnado y condenando al INSS a que abone a la parte actora 11699,09 €.

La sentencia entendió que, celebrado el juicio el 19 de septiembre de 2013 , todos los hechos relevantes, entre ellos los efectos económicos derivados de la posible estimación de la demanda, debieron alegarse por el INSS en el acto del juicio, lo que no efectuó. A mayor abundamiento, de seguirse la tesis del acto impugnado, se haría cargar al inválido con la probanza de un hecho negativo, como es que no sigue regentando personalmente la empresa, cuando lo razonable es distribuir la carga probatoria respecto de hechos positivos que sean fáciles de acreditar, como previene el artículo 217 de la LEC ; en segundo lugar, obvia la gestora que al desestimar la solicitud de reconocimiento de IP en cualquier grado, la actora precisaba mantener el alta formal en el RETA para tener derecho a asistencia sanitaria y cobrar eventuales posteriores subsidios de IT como exige el art. 124 , 128 y 130 de la LGSS -, dado su precario estado de salud o para instar nuevo expediente de IP- art 138 de la LGSS - y desde luego entra en flagrante contradicción con la lógica, pues atendido el cuadro clínico residual que ha propiciado el reconocimiento de la IPA, que figura en el ordinal 3º de la sentencia, mal cabe deducir que se haya seguido manteniendo con plena efectividad una actividad profesional personalmente y por cuenta propia, que es el elemento decisivo para obtener el grado de IP y cobrar la pensión, más que la mera constancia formal en alta, aunque se produzca efectiva cotización, pues en el caso de la actora nada menos padecía una depresión mayor recidivante de grado grave, cojera evidente, dolor severo que precisa analgesia continua y que limitaba sus actividades de la vida cotidiana, con lo que es absurdo presumir que se ha seguido manteniendo actividad.

**3. -** Contra dicha sentencia se interpuso por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla el 17 de octubre de 2013, recurso 3163/2012 .

La parte recurrida DOÑA Encarna ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente.

## **Segundo.**

**1.-** Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

**2.-** La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, el 17 de octubre de 2013, recurso 3163/2012 , estimó el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra el auto dictado el 20 de julio de 2012, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el dictado el 8 de junio de 2012, que despachó ejecución contra la Entidad Gestora recurrente, revocando las resoluciones recurridas, dejándolas sin efecto.

Consta en dicha sentencia que la actora, en situación de alta en el RETA, permaneció en IT desde el 19 de octubre de 2011 hasta el 21 de mayo, denegándosele la incapacidad permanente en vía administrativa, siendo declarada en situación de incapacidad permanente total para su profesión de trabajadora agrícola por cuenta propia, por sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla de 2 de febrero de 2012 , condenando al INSS al abono de la prestación económica que corresponda en la cuantía y con la fecha de efectos reglamentarios.

La sentencia señala que la cuestión que se plantea es resolver si el abono de la prestación ha de realizarse desde la fecha de la baja en el RETA, el 30 de mayo de 2012 , o, desde que se dictó la resolución.

La sentencia entendió que el dato decisivo es el de si la actora ha estado realizando actividad para la que estaba de alta en el RETA, sin que proceda entender que la actora cumpliera con la carga que le incumbía de acreditar el cese de la actividad por cuenta propia desde que se dictó en vía administrativa la resolución denegatoria de que estuviera afecta de incapacidad permanente, por lo que actuó correctamente la Entidad la Entidad Gestora, al establecer que la fecha de efectos económicos de la prestación por incapacidad permanente reconocida por sentencia era la del día siguiente a la fecha de baja en el RETA, y no la anterior.

**3.-** Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS . En ambos supuestos se trata de trabajadoras afiliadas al RETA, a las que se ha reconocido una

incapacidad permanente en virtud de sentencia, ya que se les había denegado en vía administrativa -IPA en la sentencia recurrida, IPT en la de contraste- encontrándose en alta en el RETA el periodo a partir de que se dictó la resolución del EVI objetivando las dolencias, sin que haya constancia alguna de que las demandantes se incorporaran realmente a sus actividades laborales por cuenta propia o que estuvieran en IT durante los periodo cuestionados y, pese a esa coincidencia fundamental, la recurrida, rechazando la posición del INSS, reconoce la IPA con efectos desde la fecha del dictamen del EVI y, por el contrario, la sentencia de contraste, aceptando la tesis de la Gestora, reconoce los efectos de la IPT desde el dictado de la resolución .

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a resolver el fondo del asunto.

### **Tercero.**

1.- El recurrente alega infracción de los artículos 48 del RD 84/1966 , en relación con los artículos 6.3 del RD 13/1995, de 21 de junio y 123 de la Orden de 18 de enero de 1996.

2.- Cuestión similar a la ahora examinada ha sido resuelta por esta Sala en sentencias de 23 de julio de 2015, recurso 2304/2014 y 4 de mayo de 2016, recurso 1848/2014 .

En la última de las citadas se contiene el siguiente razonamiento: «2. Y, en efecto, la doctrina jurisprudencial unificada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sentada en varias sentencias, de la que la citada por el INSS no es sino continuidad de muchas otras anteriores, resumida -por todas- en la de 14- 3- 2006 (R. 2724/04), es expresiva de que "la fecha de efectos de la prestación de incapacidad permanente total cuando el beneficiario ha prestado servicios hasta el momento en que se reconoce la pensión es la del cese en el trabajo".

Las razones en apoyo de tal solución, como compendia la precitada STS de 14-3-2006 , <<son de diversa naturaleza. La primera es el criterio o principio de "incompatibilidad del salario y de la prestación de invalidez para el mismo puesto de trabajo simultáneamente" ( STS 16-12-1997 ), incompatibilidad que deriva de que la función de la pensión de incapacidad permanente total es precisamente la sustitución de la renta de trabajo de una profesión habitual que ya no se puede desempeñar en las condiciones mínimas requeridas. Este principio ha sido acogido en la regulación reglamentaria de la prestaciones de incapacidad, tanto la dictada a raíz de la Ley de Seguridad Social de 1966 ( art. 23.a. del Decreto 3158/1966 ), como la actualmente en vigor, aplicable al caso ( art. 6 RD 1300/1995, de 21 de julio , y art. 13 de la OM de 18 de enero de 1996) (STS 24- 4-2002). En fin, como también ha dicho la Sala, la propia denominación legal de incapacidad permanente total "presupone la imposibilidad de que se lleven a cabo los trabajos propios de la profesión habitual", por lo que "la prestación deberá comenzar a percibirse cuando se cese en ella" ( STS 19-12-2003 )>>.

3. Sin embargo, y sin que con ello modifiquemos un ápice la referida doctrina, reiterada ya, entre otras muchas, por las SSTS de 19-1-2009 y 17-2-2009 ( R. 1764/08 y 1827/08 ), todas referidas a trabajadores por cuenta ajena, afiliados por tanto al Régimen General de la Seguridad Social, en el que suele resultar indudable el desempeño de una actividad remunerada y la consecuente percepción de una retribución que, ineludiblemente, debe alcanzar como poco el importe del salario mínimo interprofesional ( art. 27 ET ), cuando se trata de trabajadores por cuenta propia, como acontece en el caso de autos, y salvo supuestos acreditados de conductas fraudulentas, el simple mantenimiento de la afiliación y la consecuente cotización al nuevo Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios (SETA), integrado en el RETA tras la Ley 18/2007, de 4 de julio (BOE 5/7/07), al menos a los concretos y muy limitados efectos que aquí se dilucidan, tal y como apunta atinadamente el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, no puede entenderse sin más como una presunción de que se realiza esa actividad autónoma, y menos aún que la misma proporcione al asegurado recursos económicos suficientes para la subsistencia, máxime si tenemos en cuenta --y es obligado hacerlo-- que una hipotética baja voluntaria, con el correlativo cese de la cotización, en ese Régimen y Sistema especial antes de obtener con carácter definitivo la declaración de IP (solución a la parece apuntar el recurso del INSS) tal vez podría conllevar perjuicios para el interesado, de difícil o imposible reparación, porque le supondría carecer de los requisitos generales e imprescindibles de la afiliación y el alta exigidos por el art. 124.1 de la LGSS , condicionadamente eximidos solo para las situaciones de incapacidad permanente absoluta (no para la IPT) por el art. 138.3 de la propia LGSS y, en particular para los regímenes especiales, por su disposición adicional Octava (por todas, STS 12-3-2013, R. 1627/12 ).

Quizá por ello, y para evitar situaciones de desprotección, el art. 13 de la Orden de 18-1-1996, dictada en aplicación y desarrollo del RD 1300/1995, de 21 de julio , estableció en términos generales que, cuando la IP no venga precedida de una situación de IT o ésta no se hubiera extinguido, "se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades".

4. Así lo entendió desde antiguo la jurisprudencia para los trabajadores autónomos agrarios y para el RETA: pueden verse, por todas, las SSTs de 20-12-1997, R. 1915/97 , 17-7-2000, R. 3670/99 , 5-3-2001, R. 2619/00 , y 21-9-2001, R. 247/01 , conforme a la cual, en síntesis, vigente el RD 1300/1995 y la Orden de 18 de enero de 1996, cuando se accede a la situación de IPT sin existir un previo proceso de IT, la fecha de inicio de los efectos económicos es la del dictamen de la UVM1 o del EVI. Resulta significativo transcribir aquí una parte de la última de las precitas sentencias:

"la materia objeto de debate ya ha sido resuelta por este Tribunal en favor de la tesis de la resolución combatida, tanto respecto a los trabajadores encuadrados en el RETA por sentencia de 5 de marzo de 2001 (recurso 2619/00 ) como respecto de los trabajadores del REA por sentencia de 17 de julio de 2000 (recurso 3670/99 ). En esencia, se argumenta en la citada sentencia de 5 de marzo de 2001 que:

"El artículo 76 de la Orden de 24 de septiembre de 1.970, bajo el epígrafe `hecho causante señala que se entenderá causada la prestación de invalidez permanente el último día del mes que sea declarado como iniciación de la invalidez protegida. A su vez, el artículo 61 de la propia orden dispone que `las prestaciones económicas de carácter periódico se devengarán desde el día primero del mes siguiente al de la fecha en que se entiendan causadas las mismas, siempre que la solicitud sea presentada dentro de los tres meses siguientes al de la referida fecha. Es decir, en el Régimen especial, por sus peculiares formas de cotización, se estableció un sistema que implicaba la extensión de la situación previa al estado de invalidez hasta el último día del mes en el que se declara, y la percepción de la prestación, al primero del mes siguiente, de suerte que enlaza la situación de incapacidad temporal con la permanente.

El primero de los preceptos citados, el referente a la fecha del hecho causante, ha quedado modificado por la Orden Ministerial de 18 de enero de 1.996, que fue dictada en desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio y es aplicable a todas las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, en el que se encuentra incluido el R. E.T.A. Pues bien, la nueva normativa se contiene en el párrafo 2º del artículo 13.2 , en el que se ordena que en los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal, o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades. Este cambio debe acarrear todas sus consecuencias, de modo que, al igual que antes de su promulgación, no exista solución de continuidad entre el fin de la incapacidad temporal y la percepción de la prestación por invalidez permanente. Para ello ha de entenderse tácitamente modificado el mandato del artículo 61 de la O.M. rectora del régimen especial, de modo que los efectos económicos se produzcan en la forma en que se ha fijado en la sentencia de suplicación. Interpretación, por otra parte, acorde con el propósito de unificar, en la medida de lo posible, las normas rectoras de los regímenes General y Especial de Trabajadores Autónomos "(FJ 2º STS 21-9-2001, R. 247/01 ).

5. Por tanto, en el caso de los autónomos agrarios, y sobre todo cuando, como aquí sucede, no existe constancia alguna de que la asegurada hubiera permanecido en IT durante el período en cuestión, habrá de ser el INSS quien acredite que, a pesar de que el dictamen del EVI a favor del reconocimiento de la IP ya presupone una imposibilidad cuasi objetiva de que aquélla se encontrara incapacitada para desempeñar su actividad habitual, realmente la seguía ejerciendo y que, además, obtuvo de ello rentas suficientes como para considerarlas incompatibles con la prestación postulada, prueba ésta última a la que la Gestora, probablemente, podría acceder con facilidad a través de los datos fiscales de la beneficiaria».

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, procede la desestimación del recurso formulado, ya que la situación de la actora es similar a la examinada en la sentencia anteriormente consignada.

En efecto la actora, afiliada al RETA, siendo su profesión habitual la de vendedora a domicilio, fue declarada en situación de IPA por sentencia de 9 de octubre de 2013 , habiendo sido reconocida por el EVI el 25 de junio de 2012 , continuando en dicha fecha de alta en el RETA, sin que conste acreditado que a partir de dicha fecha realizara trabajo alguno.

## FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY,

por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO

NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de suplicación número 1689/2014 , interpuesto por DOÑA Encarna , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Granada el 9 de octubre de 2013 , en los autos número 1028/2012, seguidos a instancia de DOÑA Encarna contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre FECHA DE EFECTOS DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA, declarando la firmeza de la sentencia recurrida. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

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.