

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS***Sentencia 793/2017, de 30 de marzo de 2017**Sala de lo Social**Rec. n.º 429/2017***SUMARIO:**

Trabajadores autónomos. Consideración que debe tener la situación de incapacidad temporal (IT) previa al reconocimiento de la prestación por cese de actividad. El subsidio no es un ingreso computable fiscalmente como renta de actividades económicas ya que, por definición, la prestación de IT es una renta sustitutiva del ejercicio de la actividad económica. Es precisamente en razón de que «no se puede desarrollar» la actividad económica que el Ente gestor reconoce el subsidio, mientras que lo que la ley exige es que las pérdidas se generen con ocasión «del desarrollo de la actividad», nexa causal que no cabe extender al subsidio cuestionado; es más, durante la percepción del subsidio, es la propia normativa de la Seguridad Social la que exige el cese de la actividad, salvo que se declare que otra persona se queda a cargo del establecimiento, no estando prevista, en tal caso, la fijación de un paréntesis en el cómputo del tiempo que se haya de tomar en consideración para evaluar la marcha del negocio. En ausencia de precepto que precise la forma en que se ha de proceder para computar las pérdidas ocasionadas por la explotación del negocio, se ha de acudir para cubrir la laguna o vacío legal a la legislación fiscal y contable. Sin embargo, no puede extraerse del Plan General de Contabilidad de Pymes normas específicas para las personas físicas en las que se especifique qué ingresos y gastos deben incluirse, como vinculados con su actividad económica, y cuáles deben quedar fuera, por tratarse de materias estrictamente personales. De igual forma, si atendemos a la normativa fiscal, es evidente que las prestaciones sociales de los trabajadores autónomos, como pueden ser una pensión de invalidez o de jubilación o el subsidio de incapacidad temporal, no se computan como ingresos de la actividad económica, sino como rendimientos del trabajo de carácter personal, no contabilizándose su importe a la hora de determinar la existencia de pérdidas o beneficios de la actividad. Por tanto, el autónomo no debe computar su subsidio de incapacidad temporal o cualquier otra prestación de Seguridad Social sustitutiva de las rentas del trabajo como ingresos para determinar si tiene beneficios o pérdidas.

PRECEPTOS:

RD 1541/2011 (Desarrollo de la Ley 32/2010), arts. 2, 3, 4 y 17.1.

Ley 32/2010 (Protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos), arts. 4, 5.1, 6 y 13.

PONENTE:*Don Jesús María Martín Morillo.***SENTENCIA: 00793/2017**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 44 4 2015 0003132

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000429 /2017

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000525/2015

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña MUTUA MONTAÑESA-SUMA INTERMUTUAL

ABOGADO/A: MIGUEL ANGEL IGLESIAS ORDOÑEZ

PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Narciso
ABOGADO/A: SUSANA MANGAS URIA
PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:
Sentencia nº 793/2017

En OVIEDO, a treinta de marzo de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del T.S.J.ASTURIAS, formada por los lltmos Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0000429/2017, formalizado por el LETRADO MIGUEL ANGEL IGLESIAS ORDOÑEZ, en nombre y representación de la MUTUA MONTAÑESA- SUMA INTERMUTUAL, contra la sentencia número 637/2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 6 de OVIEDO en el procedimiento ORDINARIO 0000525/2015, seguido a instancia de Narciso frente a la MUTUA MONTAÑESA-SUMA INTERMUTUAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Narciso presentó demanda contra la MUTUA MONTAÑESA-SUMA INTERMUTUAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 637/2016, de fecha seis de diciembre de dos mil dieciséis.

Segundo.

En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1. D. Narciso, nacido el NUM000 -51 y afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con el nº NUM001, tenía asegurada con la MUTUA MONTAÑESA la prestación por cese de actividad.
2. El demandante estuvo en situación de incapacidad temporal durante los siguientes períodos:

Del 01-09-10 al 01-12-10
Del 01-07-11 al 05-08-11
Del 01-10-11 al 27-02-12
Del 04-04-12 al 04-11-12
Del 07-02-13 al 09-01-14
Del 28-02-14 al 27-02-15

La Mutua abonó al demandante la cantidad de 10.570,66 € en el año 2013 por prestaciones de incapacidad temporal, y en el año 2014 hasta el 31 de octubre la de 11.131,59 €.

El demandante está al corriente en las obligaciones de Seguridad Social.

3. El demandante solicitó de la entidad demandada el abono de la prestación por cese de actividad el 10-11-14, en la que había cesado el 31-10-14 habiéndose dado de baja en la actividad de Agente Comercial.

En el año 2012, el demandante abonó en concepto de compras, suministros y otros gastos un total de 18.171,39 €, con una facturación de 547,72 €; y en el año 2013 abonó por los mismos conceptos 21.099,41 €, y facturó 187,97 €.

Tal solicitud fue denegada por la Mutua por los motivos siguientes: "Según el Real Decreto 1541/2011 y el Real Decreto 2530/70, el trabajador autónomo que solicita el cese de Actividad por motivos económicos-productivos tiene que realizar la actividad laboral con carácter habitual y en el caso que nos ocupa ha estado de baja médica desde julio del 2011 hasta junio de 2015 con distintos episodios por los cuales la mutua montañesa le ha pagado la cantidad de 59.317,76 euros, con lo que no procede el pago del cese de actividad ya que durante los meses que ha estado de baja ha recibido ingresos regularmente en función de su base reguladora".

4. Declarada la nulidad de las actuaciones por sentencia de la Sala de fecha 13-09-16 por falta de reclamación previa, por la parte actora se presentó esta el 17-10-16, la que fue tácitamente desestimada mediante silencio administrativo.

5. La base reguladora de las prestaciones se fija en 1.926,60 € mensuales.

SEXTO. En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

Tercero.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que estimando la demanda presentada por D. Narciso frente a la MUTUA MONTAÑESA-SUMA INTERMUTUAL, debo declarar y declaro el derecho del demandante a percibir las correspondientes prestaciones por cese de actividad, sobre una base reguladora de 1.926,60 € mensuales y en cuantía del 70 % durante el período correspondiente a las cotizaciones realizadas; condenando a las partes a estar y pasar por tal declaración, y a la Mutua demandada a hacer efectiva dicha prestación.

Cuarto.

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la MUTUA MONTAÑESA-SUMA INTERMUTUAL formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

Quinto.

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 10 de febrero de 2017.

Sexto.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 16 de marzo de 2017 para los actos de votación y fallo. A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

En la demanda origen del pleito, el demandante pretendía que, previa la revocación de la resolución de la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social "MUTUA MONTAÑESA" de 24 de junio de 2.15, se declarase su derecho a percibir el subsidio por cese de actividad para los trabajadores autónomos.

La sentencia de instancia estimó la demanda y, frente a dicha resolución judicial, se alza en suplicación la dirección letrada de la Entidad colaboradora, desde la perspectiva que autoriza el Art. 193.c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, para interesar la revocación de la resolución impugnada y la íntegra desestimación de la demanda.

Segundo.

Denuncia el Letrado recurrente, en un único motivo del recurso destinado a la censura jurídica, la infracción, por interpretación errónea, de lo dispuesto en los Arts. 2, 3, 4, y 17.1 del R.D. 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, en relación con lo que al efecto establecen los Arts. 4, 5.1, 6 y 13 de la propia Ley 32/2010, de 5 de agosto y los Arts. 330.1 y 331.1.a) y 332.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Considera que el actor no reúne los requisitos que la normativa citada viene exigiendo para acceder a la prestación que le ha sido reconocida, en concreto no se dan en el caso de autos las exigencias de haber desarrollado la actividad de una manera habitual y, en cualquier caso, no acredita que en el desempeño de la misma hayan existido pérdidas, antes al contrario, ha podido percibir 59.317,76 euros en concepto de prestaciones de incapacidad temporal a cargo de la recurrente. En fin, sigue diciendo, tampoco se acredita la concurrencia de fuerza mayor y, además, el trabajador ha causado baja voluntaria en el sistema.

En relación con la cuestión aquí suscitada -consideración que debe tener la situación de incapacidad temporal previa al reconocimiento de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos- ya tuvo la Sala ocasión de expresar su criterio en la sentencia de 13 de septiembre de 2016 (rec. 1528/16), precisando que:

"El motivo esgrimido por la Mutua para denegar la prestación por cese de actividad en su día solicitada fue que según la normativa de aplicación al caso (R.D. 1541/2011 y D. 2530/70) "el trabajador autónomo que solicita el cese de actividad por motivos económicos-productivos tiene que realizar la actividad laboral con carácter habitual y en el caso que nos ocupa ha estado de baja médica desde julio de 2011 a junio de 2015 en distintos periodos, durante los cuales la Mutua le ha pagado la cantidad de 59.317,76 euros, con lo que no procede el pago de cese de actividad ya que durante los meses que ha estado de baja ha recibido ingresos regularmente en función de su base reguladora".

Bajo enunciado tan confuso la Entidad colaboradora está esgrimiendo dos razones de diverso calado para denegar la prestación al trabajador, cuales son: a) negar que la profesión ejercida por el actor lo fuera con carácter habitual, lo que a su parecer derivaría del hecho de que durante el periodo comprendido entre el mes de julio de 2011 y el mes de junio de 2015 solamente ha estado en situación de alta dos meses y medio, permaneciendo el resto del periodo en situación de incapacidad temporal, b) negar la concurrencia de causa económica porque las prestaciones de incapacidad temporal percibidas por el trabajador habrían cubierto las supuestas pérdidas generadas por el negocio.

El Art. 1 de la Ley 20/2007 define al trabajador autónomo como la persona física que realiza 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, dé o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena; coincide así el precepto con la definición contemplada en el Art. 305.1 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, cuando determina que "estarán obligatoriamente incluidas en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos las personas físicas mayores de dieciocho años 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 los términos y condiciones que se determinen en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo".

En ambas definiciones la referencia al ejercicio de una actividad tiene carácter genérico, por lo que hay que entenderla equivalente a cualquier trabajo productivo de bienes o servicios; lo principal, por tanto, no es el trabajo, sino como se desarrolla que, entre otras notas, ha de reunir la de habitualidad; ello significa que el trabajo ha de realizarse con continuidad; en el supuesto de trabajos de temporada el Art. 2.2 del D. 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, dispone que para ellos la habitualidad quedará referida a la duración normal de ésta. Dicha nota no se pierde por el

hecho de que el ejercicio de la actividad quede temporalmente suspendido por incapacidad temporal debida a accidente o enfermedad, sino que durante tales periodos se entiende que subsiste la habitualidad.

Como recuerdan la SSTS de 2 de febrero de 2005 (rec. 2223/2004) y 17 de julio de 2006 (rec. 1405/2005), la cuestión en este punto ya fue unificada por la Sala en las SSTS de 16 de junio de 1998 (recurso 4312/97) y 20 de enero de 2004, en términos de significar:

"1º.- Para resolver la cuestión debatida sería preciso, en principio, determinar si en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos se mantiene el alta en la situación de incapacidad laboral transitoria y con qué alcance temporal. En este sentido el artículo 1.2 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970 establece que "en caso de que se suspenda temporalmente el ejercicio de la actividad a que se refiere el número anterior, por incapacidad debida a enfermedad o accidente, se entenderá que subsiste la habitualidad durante los periodos que no excedan del último día del segundo mes natural siguiente a aquel en el que se haya iniciado la indicada suspensión". Este precepto se relaciona a su vez con el artículo 73, que regula la situación asimilada al alta correspondiente a la suspensión de actividades por enfermedad y que prevé que, "transcurrido el periodo de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número 2 del artículo 1, si continuase la suspensión temporal de la actividad por incapacidad debida a enfermedad o accidente, el interesado podrá disfrutar de la situación asimilada a la del alta".

2º.- Estas reglas son anteriores al establecimiento de la incapacidad laboral transitoria como prestación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, como mejora voluntaria (Real Decreto 1074/1977, Real Decreto 1774/1978, Orden de 28 de julio de 1978 y Real Decreto 2110/1994) o como prestación básica de carácter obligatorio (Real Decreto 43/1984) y deben coordinarse con las particularidades que surgen de la incorporación de esta prestación. Sin embargo, este análisis no es necesario en el presente caso, pues la respuesta negativa surge de la regla contenida en el artículo 131 bis 2.3º de la Ley General de la Seguridad Social -en la redacción de la Ley artículo 32.8 de la Ley 42/1994 -, a tenor del cual durante la prórroga de la situación de incapacidad temporal por necesidad de demorar la calificación "no subsistirá la obligación de cotizar". Se crea así una situación especial de equiparación al alta, como la contemplada en la sentencia de 20 de enero de 1.995 y en otras posteriores. Pero esta situación no impide la baja y pone fin a la obligación de cotizar, salvo que quiera mantenerse por el trabajador. Tampoco afecta la baja a la continuidad de la protección".

Es decir, la situación existente tras el agotamiento del plazo máximo de duración de la IT y durante el período para la calificación a efectos de incapacidad permanente la viene interpretando la doctrina unificada en el sentido de que crea una situación especial de equiparación al alta, que no impide la baja en el RETA y pone fin a la obligación de cotizar, salvo que quiera mantenerse por el trabajador, y no afecta a la continuidad de la prestación.

Por otra parte, el Art. 12 del R.D. 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia, establece que " los trabajadores que se encuentren en incapacidad temporal vendrán obligados a presentar, ante la correspondiente entidad gestora o colaboradora, en la forma y con la periodicidad que determine la entidad gestora del régimen en que estén encuadrados, declaración sobre la persona que gestione directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que sean titulares o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad. La falta de presentación de la declaración dará lugar a que por la entidad gestora o colaboradora se suspenda cautelarmente el abono de la prestación, iniciándose las actuaciones administrativas oportunas a efectos de verificar que se cumplen los requisitos condicionantes del acceso y percibo de la prestación".

Para la aplicación del Real Decreto citado, la resolución del INSS de fecha 4 de febrero 2004, (BOE 18/2/2004) dispone la obligatoriedad de la presentación de tal parte de actividad, estableciendo al efecto un plazo de 15 días desde la fecha de la baja, en caso de incapacidad temporal, con obligación de señalar la persona que continúa el negocio o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad desarrollada; disponiendo su artículo 3.1 que la falta de presentación de la declaración, en el plazo máximo indicado, producirá la suspensión en el inicio del pago de la prestación, pudiendo iniciarse de oficio las actuaciones pertinentes para verificar la situación en la queda el establecimiento del beneficiario de la prestación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o maternidad, y si, como consecuencia de la investigación administrativa, se deduce el carácter indebido de la prestación que, en su caso, se hubiese comenzado a percibir, se procederá a realizar las actuaciones precisas para el reintegro de la misma.

Pues bien aplicando la normativa y la doctrina expuestas al presente supuesto, el motivo de impugnación formulado por el trabajador debe tener favorable acogida, pues la Mutua colaboradora no ha acreditado que los sucesivos procesos de incapacidad temporal hayan entrañado recaídas que hayan dado lugar al agotamiento del periodo máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, como tampoco se ha acreditado que las declaraciones presentadas por el trabajador durante el tiempo de baja, concebida como requisito indispensable para el reconocimiento del derecho y el percibo de la misma, haya comportado el cese temporal o definitivo en la actividad, sino que el actor continuo en la situación de asimilada a la de alta y cotizando por la prestación que se reclama ex Art. 44 del Reglamento general sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por R.D. 2064/1995, de 22 de diciembre, en relación con lo previsto en los Arts. 47.2 y 4 del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por R.D. 84/1996, de 26 de enero, obrando unido al expediente administrativo la certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social de hallarse el trabajador al corriente en el pago y cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad social.

Tercero.

La relación entre la situación de IT y el cese de actividad viene regulado en el Art. 13 de la Ley 32/2010 que establece: "1. En el supuesto en que el hecho causante de la protección por cese de actividad se produzca mientras el trabajador autónomo se encuentre en situación de incapacidad temporal, éste seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal, en la misma cuantía que la prestación por cese de actividad, hasta que la misma se extinga en cuyo momento pasará a percibir, siempre que reúna los requisitos legalmente establecidos, la prestación económica por cese de actividad que le corresponda. En tal caso, se descontará del período de percepción de la prestación por cese de actividad, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la situación legal de cese de actividad."

Por tanto el artículo 13 señala que si se está percibiendo la prestación por incapacidad temporal, como es el caso, y siempre que reúna los requisitos legalmente establecidos, pasará a percibir la prestación económica por cese de actividad en los términos que tal precepto señala, procediéndose en tal caso a descontar del periodo de percepción de la prestación por cese de actividad, el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal.

Por su parte, el artículo 17.1 del RD 1541/2011 dispone que "En los casos del artículo 13.1 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, en que el hecho causante de la protección por cese de actividad se produzca mientras el trabajador autónomo se encuentre en situación de incapacidad temporal, la cotización a cargo del órgano gestor se realizará exclusivamente a partir de la fecha en la que se inicie el pago de la prestación por cese de actividad y por el período de la misma que reste hasta su extinción. En estos casos, y en desarrollo a lo dispuesto en el artículo 17.1.c) de la misma Ley, el trabajador autónomo tendrá la obligación de comunicar y acreditar la situación de cese de actividad al órgano gestor que abona la prestación de incapacidad temporal dentro de los 15 días siguientes al que se produce el cese de actividad".

De este modo, de conformidad con la regulación legal y reglamentaria es perfectamente posible que la situación de incapacidad temporal sea preexistente a la situación de cese en la actividad y, por tanto, preceda al percibo de la correspondiente prestación.

Razón la señalada que obliga a analizar si en el presente supuesto concurren los requisitos legalmente establecidos para el reconocimiento de la prestación por cese de actividad. Tales requisitos se contemplan en el artículo 4 de la Ley 32/2010.

El precepto legal citado, en la redacción vigente al tiempo del hecho causante, exigía, como requisito para lucrar la prestación debatida, que el trabajador autónomo se encuentre en "situación legal de cese de actividad", siendo una de las situaciones legales cese de actividad, conforme al artículo 5.1.a, cesar en el ejercicio de su actividad "por la concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional". Añade dicho artículo que, "se entenderá que existen motivos económicos... cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: "unas pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, en un año completo, superiores al 30% de los ingresos, o superiores al 20% en dos años consecutivos y completos. En ningún caso el primer año de inicio de la actividad computará a estos efectos."

El Art. 4.1 del RD 1541/2011 determina a su vez que "en caso de alegar motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos el cese de actividad se acreditará mediante una declaración jurada del solicitante de la

prestación en la que haga constar la causa del cese de actividad acompañada de la documentación que le sirva de fundamento y acredite el motivo alegado" y, añade más adelante, "cuando se aleguen motivos económicos se podrá acompañar documentación fiscal relevante, caso de declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Valor Añadido, o certificado de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o autoridad competente de las Comunidades Autónomas, en el que se recojan los ingresos percibidos".

Se ciñe el debate en el presente litigio a la forma de establecer el montante de las pérdidas sufridas por el actor durante el año anterior al cese de la actividad, que la Mutua recurrente considera que no alcanzan el porcentaje legal del 30% (el 20% para el caso de que se trate de dos ejercicios económicos consecutivos) porque, una vez sumados los ingresos acreditados del negocio con la cantidad percibida por el actor en concepto de subsidio de incapacidad temporal durante dicho periodo, (59.317,76 euros desde el año 2011) impide hablar de que haya habido perdida alguna que justifique el acceso a la protección por cese de actividad.

El problema estriba en que el interesado ha permanecido en situación de incapacidad temporal durante los periodos que se indican en el segundo de los ordinales de la resolución de instancia, percibiendo la correspondiente prestación; en concreto percibió, como prestación de incapacidad temporal, la suma de 10.570,66 euros durante el año 2013 y 11.131,59 euros en el año 2104, de suerte que si se computa el subsidio de incapacidad temporal como ingreso, el negocio no habría tenido pérdidas, mientras que si no se computara el importe del subsidio percibido las pérdidas superarían el tope del 30% o del 20 % de los ingresos, según el parámetro temporal que se utilice.

El criterio de la Sala a este respecto parte de la consideración de que el subsidio no es un ingreso computable fiscalmente como renta de actividades económicas ya que, por definición, la prestación de incapacidad temporal es una renta sustitutiva del ejercicio de la actividad económica; es precisamente en razón de que "no se puede desarrollar" la actividad económica que el Ente gestor reconoce el subsidio, mientras que lo que la ley exige es que las pérdidas se generen con ocasión "del desarrollo de la actividad", nexos causal que no cabe extender al subsidio cuestionado; es más, cabría añadir, durante la percepción del subsidio es la propia normativa de la Seguridad Social, la que exige el cese de la actividad salvo que se declare qué otra persona se queda a cargo del establecimiento (DA 10ª RD 2.319/1993, de 29 de diciembre y Res. de 1 de marzo de 1994 de la Dirección General del INSS citados), no estando previsto por la Ley 30/1992 que, en tal caso, se pudiera establecer un paréntesis en el cómputo del año que se ha de tomar en consideración para evaluar la marcha del negocio.

Analizando un supuesto análogo al aquí debatido razona la STSJ-Castilla-León (Valladolid) de 9 de marzo de 2016 (rec. 97/2016) que "debe establecerse una separación entre lo que son ingresos y gastos derivados del desarrollo de la actividad (que es a lo que expresamente se refiere la norma legal contenida en el artículo 5.1.a.1º de la Ley 32/2010), de lo que son otros ingresos y gastos que la persona física pueda tener por razones diferentes al ejercicio de su actividad.

Baste con pensar que en otro caso, si en el caso de personas físicas tomásemos como centro de imputación de ingresos y gastos para el cálculo de las pérdidas a la persona y no a su actividad, el resultado sería que se computarían como gastos los de naturaleza exclusivamente personal (vivienda, alimentación, ocio, etc.), lo que está claramente alejado de la finalidad de la norma. Y lo mismo ocurre con lo relativo a los ingresos, como es lógico, de manera que solamente deben computarse como tales los derivados del ejercicio de la actividad y no otros distintos".

Por otra parte, sigue razonando el Tribunal, ante la ausencia de un precepto en la Ley 32/2010 que precise la forma en la que se ha de proceder para computar las pérdidas ocasionados por la explotación del negocio, se habrá de acudir para cubrir la laguna o vacío legal a la legislación fiscal y contable y, en particular a las previsiones del Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas, aplicable, entre otros supuestos, a aquellas empresas cuya cifra de negocio no supere los cinco millones setecientos mil euros anuales (art. 2). Pues bien, concluye el Tribunal "ninguna de las dos normas contables, ni el PGC ni en el PGC propio de las PYMES, contiene normas específicas para las personas físicas, especificando qué ingresos y gastos deben incluirse, como vinculados con su actividad económica y cuáles deben quedar fuera, por tratarse de materias estrictamente personales. Pero del análisis del plan de cuentas y de sus diversas previsiones no se obtiene una base jurídica para la inclusión de las prestaciones sociales percibidas a título personal por el trabajador autónomo, por los administradores o por los trabajadores de la empresa en concepto ingresos propios de la empresa, ni existe tal concepto en el plan de cuentas.... Si atendemos, con valor interpretativo, a la normativa fiscal, es evidente que las prestaciones sociales de los trabajadores autónomos, como pueden ser una pensión de invalidez o de jubilación o el subsidio de incapacidad temporal, no se computan como ingresos de la actividad económica, sino como rendimientos del trabajo personales del trabajador, no contabilizándose su importe a la hora de determinar la

existencia de pérdidas o beneficios de la actividad. Por tanto, dado que la Ley 32/2010 no contiene, para determinar el concepto de pérdidas e ingresos, otros criterios distintos a los que resultan de la legislación contable, concluimos que el autónomo no debe computar su subsidio de incapacidad temporal o cualquier otra prestación de Seguridad Social sustitutiva de las rentas del trabajo como ingresos para determinar si tiene beneficios o pérdidas".

Criterio este que viene a coincidir con el sustentado por esta Sala, habida cuenta, además, que tratándose de prestaciones por desempleo como es el caso, cuando el legislador ha querido tomar en consideración el conjunto de ingresos o rentas del sujeto causante de la prestación, incluidas las de naturaleza prestacional, lo ha dicho expresamente, así ocurre por ejemplo en el Art. 275.4 LGSS, en referencia al subsidio por desempleo, en el que se puede leer "A efectos de determinar los requisitos de carencia de rentas... se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional".

En el supuesto contemplado en el Art. 5 de la Ley 32/2010 tanto los ingresos como las pérdidas se ciñen a los "derivados del desarrollo de la actividad" que da lugar a su inclusión en régimen especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos, solución congruente con lo dispuesto en el Art. 52.c en relación con el Art. 51 del Estatuto de los Trabajadores para los despidos por causas económicas objetivas, en que el centro de imputación es la empresa: "se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa" reza el precepto, es decir son las pérdidas o la disminución de los ingresos y las ventas de la empresa lo que ha de ser valorado a la hora de determinar la situación económica y la rentabilidad del negocio, y ello ya se trate de un establecimiento familiar o personal o bien estemos hablando de una gran empresa, y por ello debe establecerse una separación entre lo que son ingresos y gastos derivados del desarrollo del negocio, de lo que son otros ingresos que el titular del negocio pueda tener por razones diferentes al ejercicio de su actividad, como son aquellos de tipo prestacional, ya se trate de prestaciones familiares, de maternidad o, como es el caso, de un subsidio de incapacidad temporal pus los mismos, aunque tiene como presupuesto las cotizaciones previas del interesado, no computan como ingresos para determinar si la compañía, la empresa, el establecimiento o el negocio tiene beneficios o pérdidas".

Por consiguiente, habiendo resuelto nuestra reseñada sentencia que en un supuesto tal el trabajador cumplía las exigencias previstas en el R.D. 1541/2011, de 31 de octubre, y en la propia Ley 32/2010, de 5 de agosto, para generar el derecho a la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, la misma solución procede adoptar ahora, por elementales razones de seguridad jurídica (arts. 9.3 de la Constitución española).

Cuarto.

Suscita asimismo el recurrente, como más arriba hemos visto, otras dos cuestiones en relación con la prestación debatida: a) la inexistencia de fuerza mayor y, b) la baja voluntaria del actor en el sistema.

Determina al respecto el Art. 72 de la L.R.J.S. que "en el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad."

El Art. 143.4 de la L.R.J.S. establece, a su vez, que "En el proceso no podrán aducirse por ninguna de las partes hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad".

Dichos preceptos regulan la necesaria congruencia que debe existir entre el contenido del expediente administrativo y el ulterior proceso, distinguiendo dos exigencias distintas.

En primer lugar la exigencia de congruencia entre la reclamación previa y la demanda. Al igual que el Art. 80 L.R.J.S., recuerda el primero de los preceptos que debe existir la necesaria identidad entre el objeto de la reclamación previa y el de la demanda en atención a las causas de pedir y sus peticiones.

En segundo lugar, respecto de la oposición material del demandado, se impone la prohibición de fundar la oposición a la demanda en variaciones sustanciales de tiempo, cantidades y conceptos respecto de los aducidos en el expediente administrativo para desestimar la pretensión actora, salvo que los mismos se hubieran producido con posterioridad.

Advierte al respecto la STS de 2 de marzo de 2005 (rec. 448/2004) que "de esta situación se deriva una exigencia de congruencia entre la fase preprocesal y la procesal propiamente dicha, congruencia que, para respetar

el principio de igualdad de las partes en el proceso, impone a ambos litigantes la carga de no introducir en el proceso variaciones sustanciales acerca de lo que antes había sido objeto, respectivamente, de ataque y de defensa, de tal manera que el actor no podrá, en sede judicial, pedir más o cosa distinta de lo postulado en vía administrativa, y la demandada tampoco podrá oponerse a más de lo que, en su caso, hubiera resistido con anterioridad, ni tampoco podrá alegar hechos o aducir motivos de oposición diferentes de los puestos de manifiesto en el expediente administrativo.

Es cierto la jurisprudencia constitucional ha señalado que la congruencia a la que antes nos hemos referido no debe exigirse de una forma tan excesivamente rígida que llegue a suponer, de hecho, un obstáculo a la tutela judicial efectiva, porque tal congruencia no debe tener como único criterio el contenido de la reclamación previa, sino también el conjunto de pretensiones y argumentos suscitados en los trámites previos al proceso (Sentencia del Tribunal Constitucional número 15/1990 de 1 de febrero); pero del razonamiento de esta misma sentencia se desprende que esa relativa flexibilidad nunca puede llegar al extremo de que la falta de congruencia llegue a producir indefensión a la parte correspondiente (que en el caso allí enjuiciado habría sido la Entidad Gestora).

De igual modo, nuestra jurisprudencia se orienta por los mismos derroteros, y de ello son muestra las tres Sentencias de esta Sala (28 de junio de 1994 -recurso 2946/93 -; 30 de octubre de 1995 -Recurso 997/95 -, y 2 de febrero de 1996 -Recurso 1498/95), cuya doctrina sostiene el recurrente que la resolución combatida ha infringido; pero, como más arriba hemos hecho notar, estas tres resoluciones no versaron sobre la interpretación del art. 72.1 de la LPL, sino sobre la del art. 142.2 del propio Texto legal, cuya redacción es diferente de la de aquél. En los tres casos se trataba de sendos procesos de Seguridad Social, en los que no se había alegado por la Entidad gestora, al resolver el expediente administrativo, la inexistencia de uno de los requisitos necesarios para dar nacimiento a la prestación que el actor reclamaba en el proceso; inexistencia que, sin embargo, puso de manifiesto dicha Entidad al contestar la demanda, aparte de que su realidad resultaba ya acreditada en el mencionado expediente administrativo. En los tres supuestos, esta Sala entendió que no se había llegado a quebrantar la congruencia entre la vía administrativa y la judicial, porque ninguna indefensión causaba al demandante la alegación, ya en el juicio, de un hecho del que había perfecta constancia en el expediente.

Pero repárese en que la primera de las reseñadas Sentencias, votada en Sala General y con fundamentación más abundante y detallada que las otras dos (pues éstas últimas se limitan a seguir el criterio sentado por la más antigua, remitiéndose a la fundamentación "in extenso" de la misma), se ocupa ya de distinguir las tres clases de hechos (impeditivos, extintivos y excluyentes) que la parte demandada puede alegar en su contestación, y en su cuarto fundamento razona que "en el proceso de seguridad social se pide normalmente el reconocimiento del derecho a una prestación mediante una acción declarativa de condena, que es lo mismo que se ha solicitado en el procedimiento administrativo. El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección....) y la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impeditivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impeditivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho.

Pero en cuanto a los otros hechos el juez debe apreciarlos cuando se prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o aunque éste no comparezca en juicio para oponerse".

El pasaje que acaba de transcribirse de nuestra Sentencia de 28 de junio de 1994 pone bien de manifiesto que en ella -y en las demás que han seguido su doctrina- se consideró que no rompía la congruencia la alegación "ex novo" en sede judicial de un hecho no aducido en el expediente, pero que constaba acreditado en él; y esto se debió a que se trataba de un hecho impeditivo respecto del nacimiento de la pretensión del actor y, como ya hemos dicho, esta categoría de hechos pueden ser apreciados por el juez en cuanto su existencia se desprenda de la prueba. Por eso, su apreciación -aun sin alegación de parte- nunca puede producir indefensión al demandante".

En aplicación de la doctrina expuesta habrá que rechazar los motivos de oposición que aquí se examinan; en relación con la fuerza mayor, no sólo porque se trata de un hecho nuevo, sino que la solicitud del actor y la documentación aportada, tal como más arriba hemos examinado, se refieren a la existencia de pérdidas derivadas del ejercicio de la actividad que exceden del 20 % durante dos ejercicios consecutivos.

Lo propio cabe decir de la baja voluntaria en el sistema, causa de denegación respecto de la que nada se dijo en la resolución por la que la Mutua acordó rechazar la prestación y respecto de la que nada se argumentó al contestar a la demanda, y, en consecuencia, ha quedado al margen del debate litigioso sin que haya sido necesario conceder al demandante la posibilidad de practicar pruebas y realizar alegaciones al respecto para defender su derecho también en este aspecto, lo que impide que pueda admitirse ahora su extemporáneo planteamiento por la Mutua Colaboradora en trámite de recurso de suplicación.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación que formula la dirección letrada de la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social "MUTUA MONTAÑESA" contra la sentencia dictada el 6 de diciembre de 2016 por el Juzgado de lo social núm. 6 de Oviedo, en los autos núm. 525/15, seguidos a instancias de D. Narciso contra la expresada Entidad colaboradora, sobre subsidio por cese de actividad, confirmando la resolución de instancia en todos sus pronunciamientos. Todo ello con expresa condena en costas a la recurrente que deberá abonar en concepto de honorarios de Letrado de la parte recurrida la cantidad de 500 euros.

Asimismo, dese al depósito constituido para recurrir por la Mutua y a la consignación por ella efectuada, firme la presente resolución, el destino legal correspondiente.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "37 Social Casación Ley 36-2011".

Si el ingreso se realiza mediante transferencia, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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

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.