

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CATALUNYA  
SALA SOCIAL

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL  
ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS  
ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

En Barcelona a 21 de marzo de 2006

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 2455/2006

En el recurso de suplicación interpuesto por Antonio frente a la Sentencia del Juzgado Social 33 Barcelona de fecha 26 de octubre de 2004 dictada en el procedimiento Demandas nº 478/2004 y siendo recurrido/a -I.N.S.S.- (Instituto Nacional de la Seguridad Social). Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Francisco Javier Sanz Marcos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de julio de 2004 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 26 de octubre de 2004 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimo la demanda interposada per Institut Nacional de la Seguretat Social contra Antonio i declaro la suspensió temporal de la percepció de la prestació per incapacitat permanent total reconeguda per resolució de 15.6.99 en tant subsisteixi la causa d'incompatibilitat".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1.- Per resolució del INSS de data 15/6/99 es declarà al demandant en situació d'incapacitat permanent total, derivada d'accident no laboral, per a la seva professió de vidrier, donat d'alta al règim especial de treballadors autònoms.

2.- Les lesions que determinaren aquell reconeixement foren:" herida en cara anterior muñeca derecha afectación del músculo -tendinoso y vásculo nerviosa el 4/98. Importante lesión distal mixta cubital derecho con hipoestesia y déficit motor".

3.- L'actor, después de ser reconegut en situació d'incapacitat total s'ha mantingut d'alta el RETA i segueix treballant a CRISMO S.A., empresa dedicada a la instal.lació i reparació de vidres i de la es soci fundador. (amb una participació del 89%) i administrador únic des de la data seva fundació 11.4.85.

4.- Per resolució del INSS de 13.2.04 s'ha resolt no revisar per millorar el grau d'incapacitat total reconegut.

5.- Per resolució de 4.3.04 s'endega expedient previ de revisió actes declaratius de de en perjudici del beneficiari , en data 27.4.04 proposta de resolució per formalitzar la demanda origen d aquestes actuacions.

6.- No consta que l' actor comuniqués al RETA o al INSS cap canvi d'activitat."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora , que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado, no impugnó elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la parte demandada el desfavorable pronunciamiento judicial que, estimando de la pretensión deducida en su contra por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, declara "la suspensión temporal de la percepción de la prestación por incapacidad permanente total reconocida por resolución de 16.1.99 en tant subsisteixi la causa d'incompatibilitat"; para constatar -a través de su primer motivo de revisión fáctica- como tras "ser reconocido en situación de Incapacidad Total se ha mantenido de alta al RETA y sigue trabajando en CRISMO SA, donde ostenta el cargo de Gerente-Administrador realizando las funciones que son propias de su cargo desde la fecha de (la citada) declaración...de 15.6.99 en la que cesa como oficial cristalero". Petición que -desde la naturaleza extraordinaria del recurso que la articula y en aplicación del artículo 97.2 LPL- no puede prosperar al basarse en unos documentos (folios 62 y 83) ya valorados por el Juzgador a quo cuando -y en relación al cargo aludido- pone de manifiesto "que el sol fet que els fulls de salari reflecteixin la categoria de gerent...no acredita que l'actor ja no faci de vidrier", a lo que "cal afegir...que no consta -ni a l'expedient administratiu ni a la prova aportada pel demandat- que comuniqués a l'INSS o a la TGSS el pretés canvi d'activitat".

SEGUNDO.- Dirige éste su motivo jurídico de censura a la denunciada infracción del artículo 137.4 de la LGSS en relación con el 217.2 de la LPL, pues correspondiendo "a quien alega...la carga de probar la certeza de los hechos...la Entidad Gestora no ha probado...que el recurrente (que aduce haber efectuado "funciones de gerencia" con "un perfil mas liviano y sedentario que la anterior de cristalero...") haya realizado trabajos" propios de esta profesión.

Según resulta del inalterado relato judicial de los hechos, tras el administrativo reconocimiento (por Resolución del INSS de 15 de junio de 1999) de una Incapacidad Permanente Total para el laboral desarrollo de dicha actividad (encontrándose "donat d'alta al règim especial de treballadors autònoms") la Entidad Gestora inició -el 4 de marzo de 2004- expediente de revisión, proponiendo -el 27.4.2004- la formalización de la demanda rectora de autos (en la que solicita la "suspensión temporal del percibo de la pensión de incapacidad permanente...mientras subsista la causa de incompatibilidad entre pensión y actividad profesional que aun desempeña en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos") después de constatar que "s'ha mantingut d'alta al RETA o seguéix treballant a CRISMO SA, empresa dedicada a la instal.lació i reparació de vidres i de la n'és soci fundador (amb una participació del 89%) i administrador únic des de la data de la seva fundació, 11.4.85" (Hp 3).

Pone de manifiesto el Juzgador de instancia como "la qüestió de la compatibilitat de la pensió per incapacitat total del RETA amb el manteniment de l'activitat peofesional que propicia la prèvia

situació d'alta i cotització en l'esmentat règim especial ha estat resolta" por la sentencia que cita de esta Sala de 23 de enero de 2002; pronunciamiento que argumenta en el sentido de que incumbe al trabajador autónomo acreditar la "diversidad de funciones y tareas que alega haber desempeñado antes y después" de su declaración de invalidez, atribuyendo al alta en la actividad la condición de "presunción iuris tantum de que se realiza dicha actividad por cuenta propia, presunción que debe ser desvirtuada por la parte recurrente...". Criterio que correctamente subsume el Juzgador a quo en el supuesto que contempla para concluir a favor de la "causa de incompatibilidad" administrativamente decidida.

TERCERO.- Reitera la STS de 28 de julio de 2003 la doctrina contenida en la de 28 de enero de 2002 al reafirmar el "carácter eminentemente profesional de la consideración legal de la Incapacidad Permanente Total elaborada en el artículo 137-4º de la Ley General de la Seguridad Social (por lo que si) en él se vincula la incapacidad a la imposibilidad del trabajador para desarrollar las tareas fundamentales de la profesión concreta que realizaba, extender fuera de su ámbito una resolución administrativa dejando abierta una declaración de incapacidad permanente total con posibilidad de un análisis indefinido en el tiempo entre lesiones y futuras profesiones comporta la inseguridad jurídica". Ha sido el legislador -sigue diciendo aquella primera resolución- el que como principio básico sienta, en el artículo 141-1º de la Ley General de la Seguridad Social, la compatibilidad con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente. De existir la voluntad de limitar la compatibilidad atendiendo a grupos o escalas de actividad su desarrollo reglamentario aún no se ha producido y el vacío que se genera no puede ser colmado sustituyendo dicha potestad mediante decisiones concretas. La medida del desarrollo de la noción de compatibilidad la proporciona el artículo 141- 1 cuando en el segundo párrafo prevé a propósito del incremento del 20% que de igual forma podrá determinarse la compatibilidad entre el mismo y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena. Abundando en las previsiones normativas, en este caso reglamentarias, el artículo 24-3º de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 autoriza a las empresas a reducir el salario de los trabajadores a su servicio declarados en situación de Incapacidad Permanente Total para el caso de que la reducción de la capacidad laboral incida en el nuevo puesto a desempeñar y contando con la plena conformidad del interesado, mostrando con ello la posibilidad de ser válidamente empleado en trabajos para los que su capacidad podría verse afectada". Para concluir que "si la actual profesión del trabajador es distinta de aquella para la que fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Total, no es necesario verificar si las secuelas que para esa declaración fueron tenidas en cuenta le inhabilitan también para las tareas básicas que su nueva profesión le impone por carecer de incidencia en el derecho del actor a percibir la prestación debido a su imposibilidad de realizar las tareas básicas de una profesión que en su día ejerció y que fue distinta de la actual...". En esta misma línea se manifiestan las posteriores sentencias del Alto Tribunal 2 de marzo, 7 de octubre y 26 de noviembre de 2004 al reiterar que "la valoración acerca de la incapacidad se realiza en función de la profesión, no del puesto o concreta categoría profesional...". ; Criterio que reitera la de 27 de enero de 2005 al reafirmar como "nuestro ordenamiento no incompatibiliza el cobro de la pensión por incapacidad total con el desempeño de trabajos propios de profesiones distintas a aquella para la que ha sido declarado incapaz".

En esta línea (y en relación a la litigiosa actividad "autónoma") diferencia la posterior sentencia del Alto Tribunal de 20 de septiembre de 2005 (en un supuesto en el que la desarrollada era la de transporte) las tareas de gestión administrativa y la de transportista-repartidor (aunque una y otra participen del "ejercicio de una misma actividad económica (empresa de transportes), que fundamenta la afiliación al RETA en ambos casos como transportista"; argumentándose "que la unidad referida al ejercicio de una actividad económica ...no supone que se ejercite una sola actividad profesional: no desaparece la peculiar identidad de cada una de las actividades que -correspondiendo a distintas profesiones- conforman en su globalidad dicha actividad económica", señalando (en este sentido y por remisión "a lo que afirma la sentencia recurrida") "la confluencia de dos componentes en el ejercicio

de una actividad económica: uno específico y central (la realización del trabajo lucrativo) y otro genérico y común a toda actividad organizada (gestión y administración)", para concluir que "la actividad de gestión administrativa, que configura la nueva actividad del demandante respecto de su cuestionada alta en el RETA, es compatible con la prestación de incapacidad total, que en su día se le había reconocido respecto de su actividad profesional de transportista-repartidor".

En armonía con dicho criterio se pronuncia la STSJ de Madrid de 13 de octubre de 2005 cuando precisa que su decisión favorable a la compatibilidad de la prestación "se basa en la prueba de que el demandante no está desempeñando la misma actividad para la que fue declarado en incapacidad permanente total"; a diferencia del supuesto contemplado en su resolución de 22 de enero de 2004 (que "se pronuncia sobre una incompatibilidad de prestación que se produce por estar realizando las mismas funciones que desempeñaba ... cuando fue declarado incapaz"; esto es en un caso en el que el demandante había iniciado "una actividad para la empresa, de la que era socio trabajador" sin que se constate el desempeño "de las funciones de dirección que alegó ante la Entidad Gestora, manifestándose en la revisión de hechos probados que su actividad era la misma que aquélla por la que fue declarado incapacitado").

Así sucede en el supuesto que ahora se analiza cuando -como es el caso- no se justifica un cambio de actividad por parte de quien, habiendo sido declarado en situación de Incapacidad Permanente Total "per a la seva professió de vidrier, donat d'alta al règimen especial de treballador autònoms" (en su acreditada condición de socio fundador y mayoritario -89%- de "empresa dedicada a la instal·lació i reparació de vidres") "s'ha mantingut d'alta al RETA" (sin haber comunicado al INSS o a la TGSS "el pretès canvi d'activitat") y "seguéix treballant" en la citada empresa; realizando una labor que -según lo expuesto- no acredita que sea diversa a la considerada en su declaración de incapacidad.

Y habiéndolo entendido así el Magistrado en su sentencia procede su confirmación; previo rechazo del recurso interpuesto contra la misma.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. ANTONIO contra la sentencia de 26 de octubre de 2004, dictada por el Juzgado de lo Social 33 de Barcelona en los autos 478/2004, seguidos a instancia del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; debemos confirmar y, en su integridad, confirmamos la citada resolución .

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que deberá prepararse ante esta Sala en los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del Artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo . Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.