

LA DISCUTIBLE VALORACIÓN RESTRICTIVA DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL EN EL TRABAJO AUTÓNOMO¹

Francisco Andrés Valle Muñoz²

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Acreditado a Catedrático de Universidad.

Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

Abstract

La acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, incluye el reconocimiento de la incapacidad permanente en sus diversos grados. Sin embargo, a la hora de valorar las secuelas incapacitantes de este colectivo de trabajadores, los tribunales de justicia han adoptado una interpretación restrictiva sobre la base de entender que el trabajador autónomo puede auto organizar su actividad profesional de la manera que crea conveniente, de modo que los requerimientos físicos que se le pueden exigir son menores que los de un trabajador por cuenta ajena, al no estar sujeto a un horario concreto, ni a un poder de dirección empresarial. Siendo ello así, puede afirmarse que la autonomía en la organización del trabajo, no es, por sí misma, una causa objetiva y razonable que permita justificar el tratamiento desigual ofrecido en la valoración de las secuelas invalidantes, y no puede imponerse una interpretación restrictiva que impida el acceso a una prestación de incapacidad permanente en dicho Régimen por este sólo motivo. El presente estudio tiene por objeto analizar esta problemática ofreciendo interpretaciones garantistas.

The Social Security for the self-employed, includes the recognition of permanent disability in several degrees. However, the courts of justice have adopted a restrictive interpretation in the disability of this group of workers, declaring that: the self-employed can self organize his business in the way he want; the physical requirements are lower than those of a salaried worker; and this kind of workers are no subjected to a specific timetable, or a specific management. But, autonomy in the organization of work is not, by itself, an objective and reasonable cause that can justify the unequal treatment offered in the assessment of pathologies, and cannot impose a restrictive interpretation in order to deny a permanent disability only for this reason. The present study aims to analyze this problem by offering protectionist interpretations.

¹ El presente estudio ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación titulado: “Edad, empleo y vulnerabilidad social” (2014-2016), financiado a cargo del Ministerio de Economía y Competitividad, y con número de referencia: DER 2013-47917-C2-1-R.

² Miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya: “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2014 SGR 241.

Title: The doubtful restrictive assessment of permanent disability benefits in self-employed

Palabras clave: trabajador autónomo; incapacidad permanente; profesión habitual; actividad económica; auto organización.

Keywords: self-employed worker; permanent disability; normal occupation; economic activity; self-organization.

IUSLabor 2/2016, p. 1-18, ISSN 1699-2938

Sumario

1. Delimitación normativa de la materia objeto de estudio
2. Profesión habitual y actividad económica como conceptos divergentes en las prestaciones de incapacidad permanente del trabajador autónomo
3. La auto organización del trabajo como límite discutible al acceso a la prestación de incapacidad permanente por el trabajador autónomo
4. La compatibilidad de la prestación por incapacidad permanente total con la realización de un trabajo como argumento tendente a una interpretación flexible
5. Conclusiones

1. Delimitación normativa de la materia objeto de estudio

La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, ofrece en su artículo 1.1 una definición de trabajador autónomo como aquella persona física que realice 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, de o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

Desde el punto de vista de la Seguridad Social, el trabajador autónomo no se inscribe en el Régimen General, sino en un Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (en adelante RETA), cuya regulación se encuentra básicamente en el Título IV del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS) aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Precisamente, según el artículo 305 del TRLGSS, están obligatoriamente incluidas en el campo de aplicación del RETA, las personas mayores de 18 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. Y el artículo 2.1 del Decreto 2530/1970 define al trabajador por cuenta propia o autónomo como aquél que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas.

En nuestro ordenamiento jurídico, la acción protectora del RETA aparece prevista principalmente en el Capítulo III del Título IV del TRLGSS (artículos 314 a 322). Y así, el artículo 318.c) de dicha ley establece que en materia de incapacidad permanente se estará a lo dispuesto en los siguientes artículos: 194 (apartados 2º y 3º); 195 (excepto el apartado 2º); 196 (último párrafo del apartado 2º y el apartado 4º); 197 (apartados 1º, 2º y 3º); y 200. Todos ellos son preceptos que regulan ciertos aspectos de la incapacidad permanente contributiva en el Régimen General de la Seguridad Social.

De manera paralela, en el Capítulo V del Decreto 2530/1970 dedica su sección segunda (artículos 36 a 41) al régimen jurídico de la prestación de invalidez permanente³, señalando ya el artículo 36, que estará protegida por este régimen especial de la Seguridad Social la situación de invalidez permanente, cualquiera que fuera su causa, en sus grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente

³ También el artículo 74.1 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación del RETA.

absoluta para todo trabajo y gran invalidez. Y añadiendo en su apartado 2º que los conceptos de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez, serán los que se determinen para el régimen general de la Seguridad Social⁴.

La invalidez permanente configurada en la acción protectora de la Seguridad Social es de tipo profesional y por ello, para su debida calificación, hay que partir de las lesiones que presenta el beneficiario y ponerlas en relación con su actividad laboral, para comprobar las dificultades que provocan en la ejecución de tareas específicas de su profesión⁵. De modo que cabrá declarar la invalidez permanente total cuando dichas lesiones inhabilitan al trabajador para desarrollar todas o las más importantes tareas de su profesión habitual, con un mínimo de capacidad o eficacia y con rendimiento económico aprovechable, y sin que se trate de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia⁶.

Siendo ello así, y a la hora de valorar las secuelas invalidantes de este colectivo de trabajadores que son los autónomos, la jurisprudencia⁷ ha adoptado una interpretación restrictiva sobre la base de entender que la condición de trabajador autónomo le confiere un mayor margen de respuesta activa a los padecimientos o secuelas, en cuanto: excluye la sujeción a las exigencias de un tercero (el empleador en el trabajo por cuenta ajena); posibilita la utilización de los servicios de un ayudante; y le faculta para la auto organización de la actividad laboral en función de las propias capacidades físicas, sin merma de la realización de las labores fundamentales del oficio.

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina científica⁸, que ha venido advirtiendo que en el RETA existe una apreciación más estricta en la calificación de la invalidez

⁴ Lo que significa que el concepto de incapacidad permanente total así como su valoración judicial siguen siendo plenamente vigentes y aplicables en el RETA. GÓMEZ CABALLERO, P., *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 85 y ss.; DESDENTADO BONETE, A., TEJERINA ALONSO, J.I., *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 271 y ss.

⁵ Véase: ROQUETA BUJ, R., *La incapacidad permanente*, ed. CES, Madrid, 2000, pág. 14 y ss.

⁶ STS de 29 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6464); STS de 6 de noviembre de 1987 (RJ 1987/7831); STS de 21 de enero de 1988 (RJ 1988/33); STS de 11 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6326); STS de 9 de febrero de 1987 (RJ 1987/812); STS de 28 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9935), entre otras.

⁷ STS de 18 de julio de 1990 (RJ 1990/6428); STS de 9 de abril de 1990 (RJ 1990/3442).

⁸ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J., *La seguridad social de los trabajadores autónomos*, ed. Cívitas, Madrid, 1995, pág. 141 y ss.; GÓMEZ CABALLERO, P., *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, ob. cit. pág. 85 y ss.; BLASCO LAHOZ, J.F., *Las prestaciones económicas del Régimen Especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos*, ed. Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 97 y ss.; BALLESTER PASTOR, A., "La acción

permanente, lo que determina que aquellas lesiones que podrían ser constitutivas de una incapacidad permanente absoluta en el Régimen General, sin embargo tan sólo serían tributarias de una incapacidad permanente total en el RETA, e incluso no generar ninguna incapacidad permanente⁹. Y se afirma, abiertamente, que, para un trabajador autónomo, el reconocimiento de una incapacidad permanente total es más difícil que para un trabajador por cuenta ajena, como consecuencia de la menor tensión de su trabajo y de sus mayores posibilidades de ocupación residual¹⁰.

Se trata de la llamada doctrina del aquilatamiento en la valoración de las incapacidades permanentes del trabajador autónomo, sobre la base de justificar un tratamiento distinto del aplicable al resto de trabajadores por cuenta ajena por el mero hecho de no estar sujetos a un poder de dirección, y poder gestionar el negocio de una mejor manera, lo que evidentemente dificulta el acceso a las prestaciones económicas por incapacidad permanente.

Además, se trata de una materia en la que resulta difícil aportar criterios determinantes y unívocos, habida cuenta del carácter necesariamente casuístico de su determinación, lo que impide a su vez que estas cuestiones sobre la calificación de la incapacidad permanente, sean resueltas por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina.

A su análisis vamos a dedicar las siguientes páginas, con el objetivo de ofrecer ciertas interpretaciones correctoras a la doctrina del aquilatamiento antes mencionada, y en clave de garantizar al trabajador autónomo el acceso a la prestación de incapacidad permanente en condiciones de igualdad frente a un trabajador asalariado.

protectora de la Seguridad Social. La regulación de la invalidez permanente por contingencias profesionales en los regímenes especiales”, en AA.VV. *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, ed. Comares, Granada 2005, pág. 512.

⁹ FERNÁNDEZ COSTALES, J., ÁLVAREZ CUESTA, H., *Régimen profesional, derechos colectivos y seguridad social del trabajador autónomo tras la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, ed. EOLAS, León, 2009, pág. 146 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F., CÁMARA BOTÍA, A., *La acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 160 y ss.; BLASCO LAHOZ, J.F., *El régimen especial de los trabajadores autónomos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 319.

¹⁰ BALLESTER PASTOR, I., “Régimen Especial de trabajadores autónomos”, en AA.VV. *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, ed. CISS, Valencia, 1998, pág. 132 y ss.; CEA AYALA, A., SUÑER RUANO, E., *El régimen Especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social*, ed. CEF, Madrid, 1995, pág. 143 y ss.; TOROLLO CONZÁLEZ, F.J., “La nueva acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social* n° 49, 2004, pág. 44.

2. Profesión habitual y actividad económica como conceptos divergentes en las prestaciones de incapacidad permanente del trabajador autónomo

A la hora de identificar el concepto de “profesión habitual”, en el Régimen General de la Seguridad Social, se ha producido una tendencia expansiva en su calificación, de modo que en un momento inicial se identificó con un concreto puesto de trabajo, es decir, con el conjunto de cometidos del puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, independientemente de los correspondientes a su categoría profesional. Posteriormente se identificó con el conjunto de tareas que conformaban la categoría profesional del trabajador¹¹. Y más adelante se entendió que era aquella que el trabajador estaba cualificado para realizar y a la que la empresa le hubiera destinado o pudiera destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de la titulación académica o de la pertenencia a un grupo profesional¹².

Pero sin lugar a dudas la máxima expansión se produjo con la identificación de la profesión habitual con el grupo profesional. En este punto fue decisiva la Ley 24/1997 de 15 de julio, de racionalización y consolidación del Sistema de Seguridad Social, que afectó a la redacción legal del anterior artículo 137 de la LGSS, vinculando la calificación de la incapacidad permanente en sus diversos grados a la incidencia de la reducción de la capacidad del trabajo en el desarrollo de la profesión que ejerciera el interesado “o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada” antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.

Y de hecho, esta redacción se ha integrado en el actual artículo 194.2 del TRLGSS, según el cual: “a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente”. En este punto existe unanimidad en la doctrina científica¹³ en interpretar, a efectos funcionales, que el concepto de profesión habitual se delimita, no sólo atendiendo a la profesión que ejercía el interesado, sino también a la del “grupo profesional” en que ésta se encuadraba.

¹¹ STCT 20 de septiembre de 1982 (RTCT 1982/1756).

¹² STS de 17 de enero de 1989 (RJ 1989/256).

¹³ Por todos: FABREGAT MONFORT, G., “La profesión habitual como determinante de la incapacidad permanente total”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 5, 2005, pág. 1 y ss.; POQUET CATALÁ, R., “La actual doctrina en la conceptualización de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 3, 2015, pág. 1 y ss.

Naturalmente la identificación de la profesión habitual con el grupo profesional, no está exenta de polémica¹⁴: en primer lugar porque el artículo 22 del ET no define el concepto de profesión, sino que únicamente alude la adscripción contractual del trabajador a un grupo profesional dentro del sistema de clasificación profesional, y sin que éstos claramente acojan la idea de profesión, dado que solamente aluden a “tareas, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador”; en segundo lugar porque la amplitud funcional del grupo profesional va a dificultar la declaración de incapacidades permanentes en aquellos casos en que un grupo profesional aglutine varias profesionales, dado que se podría estar incapacitado para una profesión, pero no para el grupo profesional en su conjunto; y en tercer lugar porque el concepto de “profesión habitual” no forma parte de los criterios que generalmente integran u sistema de clasificación profesional.

Posiblemente para superar estas disfunciones se ha apostado por interpretar que la profesión habitual objeto de la incapacidad permanente, debe identificarse con aquellos cometidos que conforman una profesión concreta, y que constituyen, de hecho, la prestación laboral objeto del contrato de trabajo. Pero ello no oculta nuevamente una realidad, y es que el intérprete jurídico deberá efectuar una doble valoración: en primer lugar, determinar si la concreta alteración de la salud que sufre el trabajador le impide prestar con normalidad los cometidos a que se dedica habitualmente; y, en segundo lugar, si fuera así, analizar la capacidad residual del trabajador para ver qué funciones o cometidos puede prestar o no ante la incapacidad reconocida¹⁵.

Si tratándose de trabajadores por cuenta ajena, el concepto de profesión habitual ha generado esta polémica interpretativa, ya se puede adelantar que, en el caso de los trabajadores autónomos, la situación es todavía más compleja, y la inseguridad jurídica se acrecienta ante las dificultades que entraña identificar el profesiograma o el conjunto de funciones y tareas propias del trabajador, imprescindible para efectuar una correcta adecuación entre la aptitud psicofísica para desempeñar dicha profesión y los requerimientos propios de la misma.

En la determinación de lo que debe entenderse por “profesión habitual” de los trabajadores autónomos, sus normas reguladoras han incluido una definición con

¹⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F., “Concepto de profesión habitual a efectos de la declaración de incapacidad permanente, con especial aplicación al empleo juvenil”, *Actualidad Laboral* nº 4, 2014, pág. 400 y ss.

¹⁵ FABREGAT MONFORT, G., “La profesión habitual como determinante de la incapacidad permanente total”, ob. cit. pág. 9 y ss.; POQUET CATALÁ, R., “La actual doctrina en la conceptualización de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente”, ob. cit. pág. 6 y ss.; LUJÁN ALCARAZ, J., “Profesión habitual a efectos de la calificación de la incapacidad permanente total”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. 4, 1997, pág. 2 y ss.

diferente alcance respecto de la prevista en el Régimen General de la Seguridad Social. De modo que si el artículo 194.2 del TRLGSS va a relacionar la profesión habitual con aquella que ejercía el interesado “o el grupo profesional en que ésta se hallaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante”, sin embargo, en el RETA, el artículo 36.2 del Decreto 1530/1970 especifica que: “se entenderá por profesión habitual la actividad inmediata y anterior desempeñada por el interesado y por la que estaba en alta en este Régimen al producirse la incapacidad permanente protegida por el mismo”.

La puntualización exigida por la normativa específica no está exenta de cierta lógica si se tiene en cuenta que la referencia a los grupos profesionales que efectúa el TRLGSS puede no ser de aplicación a los trabajadores autónomos, lo que hace necesaria una adaptación del concepto a las peculiaridades de su actividad¹⁶.

Por parte de la doctrina científica¹⁷ se ha defendido abiertamente la posibilidad de identificar la profesión habitual del trabajador autónomo con alguna de aquellas que aparecen en la Clasificación Nacional de Ocupaciones regulada en el RD 1591/2010, de 26 de diciembre, o, por alguna de las que figuran en el Sistema Nacional de Actividades Económicas regulado en el RD 475/2007, de 19 de noviembre. De hecho, la opción por la Clasificación Nacional de Ocupaciones, no solamente resulta óptima e idónea, sino que además supone la adopción nacional de la clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones de 2008 que se caracteriza por una tendencia a la exhaustividad, y se acompaña de unas notas explicativas que mantiene actualizadas el Instituto Nacional de Estadística, donde se especifican los contenidos generales de todas las ocupaciones.

Esta opción también ha sido acogida por la doctrina judicial¹⁸, la cual afirma abiertamente que aunque este tipo de clasificaciones se han establecido normativamente a efectos de uniformización de las estadísticas públicas, ello no ha impedido la extensión de su aplicación en materia tributaria e incluso como criterio para la determinación del ámbito de aplicación de los convenios colectivos.

Sin embargo no puede negarse que la utilización del Sistema Nacional de Actividades Económicas no está exenta de problemas, porque la profesión en cuestión no se define como tal, sino por referencia a un epígrafe dentro del marco de las actividades, lo que ha acabado provocando que en los dictámenes del órgano evaluador administrativo se aluda a profesiones tales como: “bar”, “comercio al por menor” u otras similares que cosifican

¹⁶ CERVILLA GARZÓN, M.J., *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el Sistema español de Seguridad Social*, ed. CARL, Mergablum, 2005, pág. 179 y ss.

¹⁷ POQUET CATALÁ, R., “La actual doctrina en la conceptualización de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente”, ob. cit. 2015, pág. 1 y ss.

¹⁸ STSJ de Cantabria de 30 de junio de 2004 (Recurso nº 153/2003).

la profesión por el lugar donde se ejerce¹⁹. Y tampoco puede desconocerse que tales sistemas nacionales de clasificación, no tienen por objeto catalogar las ocupaciones a efectos de declaración de incapacidad permanente, sino que cumplen una función meramente estadística.

Ahora bien, la precisión normativa conforme a la cual se tendrá como referencia la “actividad” por la cual se “estaba de alta” en el RETA resulta lógica, dado que los trabajadores autónomos sólo solicitan el alta en una actividad, de modo que será ésta y no otra la determinante para apreciar la incapacidad permanente total²⁰, y ello aunque se realicen deferentes actividades (susceptibles cada una de ellas de la inclusión en dicho Régimen)²¹.

Así por ejemplo, el trabajador autónomo que se dedique a instalaciones eléctricas y de fontanería en el sector de la construcción (Grupo 43.2 Sección F) del Sistema Nacional de Actividades Económicas), tendrá como profesión habitual la citada actividad, y no el resto de las enumeradas en dicha sección, que pueden ir desde la promoción inmobiliaria, a las de demolición o pintura. En caso contrario, de entenderse como profesión habitual, el conjunto de los oficios recogidos en una misma Sección en lugar de uno sólo de ellos, se haría prácticamente inaccesible el acceso a esta prestación, puesto que podría darse el caso de que dicha incapacidad lo fuera para la actividad concreta que estaba realizando el trabajador autónomo antes de producirse la lesión, y no respecto del grupo de actividades en su conjunto²².

Se puede concluir afirmando que el trabajador autónomo más que desempeñar una profesión habitual (concepto aplicable al trabajador asalariado por cuenta ajena), desempeña generalmente una actividad económica, tratándose de conceptos no exactamente coincidentes. Y el concepto de actividad económica puede dificultar al intérprete la valoración de la capacidad residual del trabajador incapacitado, al desconocer cuáles son los requerimientos exigidos en dicha actividad económica, ejercicio que se complica cuando la profesión es sustituida por referencia a un epígrafe dentro del marco de actividades económicas.

¹⁹ RIVAS VALLEJO, P., “La profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente, un concepto al margen de la realidad del mercado de trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 17, 2007, pág. 1 y ss.

²⁰ CERVILLA GARZÓN, M.J., *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el Sistema español de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 179 y ss.

²¹ BLASCO LAHOZ, J.F., *Las prestaciones económicas del Régimen Especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos*, ob. cit. pág. 107 y ss.

²² Véase: APILLUELO MARTÍN, M., *Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y del dependiente*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 183 y ss.

3. La auto organización del trabajo como límite discutible al acceso a la prestación de incapacidad permanente por el trabajador autónomo

Una de las características consustanciales del trabajador autónomo, es que ejercita su actividad sin someterse al poder de dirección del empresario, y, por tanto, de forma autónoma e independiente. En nuestro ordenamiento jurídico el Tribunal Supremo²³ ha precisado que la condición de trabajador autónomo comprende dos vertientes: “la de trabajo con empleo de esfuerzo físico, y la de dirección, organización y gestión de la explotación, no sujeta a disciplina horaria y rendimiento determinado”. Este doble aspecto resulta decisivo puesto que habilita al trabajador autónomo a utilizar el servicio remunerado de otras personas, y no tener que desempeñar todas y cada una de las tareas que constituyen su actividad económica, pudiendo realizar tan sólo algunas e incluso limitarse a las labores de gestión, administración y dirección de empresa, dejando el trabajo físico para sus empleados²⁴.

Dado que en el trabajo autónomo concurren estas dos facetas (el trabajo en sí mismo considerado y la actividad de dirección empresarial), sucede que mientras la primera se puede considerar común a trabajadores autónomos y dependientes, la segunda es peculiar de los autónomos, y se desarrolla sin sujeción a la disciplina, horario y rendimiento mínimo propio de los trabajadores por cuenta ajena²⁵. Esto último permite unas mayores posibilidades de ocupación residual y, por lo que aquí interesa, restringe la calificación de la incapacidad permanente, dado que no es lo mismo trabajar para otro (en cuyo caso el empresario exige o puede exigir rendimientos normales y adecuados a la actividad desempeñada), que hacerlo para uno mismo²⁶.

Se parte de la premisa de que la menor tensión en el trabajo por cuenta propia y, sobre todo, las mayores posibilidades de ocupación residual, distinguen a estos trabajadores de manera clara frente a los trabajadores por cuenta ajena. Al trabajador autónomo se le permite una forma de desarrollar su actividad completamente distinta a la de un trabajador asalariado, pudiendo incluso llevar la dirección técnica de su empresa. Por el contrario, la actividad del trabajador por cuenta ajena, con dependencia de tercero y sometimiento a horario, a ritmo de trabajo y a la realización de determinados cometidos laborales

²³ STS de 12 de febrero de 1985 (RJ 1986/643).

²⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F., CÁMARA BOTÍA, A., *La acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, ob. cit. pág. 160 y ss.

²⁵ STS de 26 de mayo de 1986 (RJ 1986/2701).

²⁶ STS de 12 de febrero de 1986 (RJ 1986/751).

cuando se le ordenen, no tiene comparación con el trabajo por cuenta propia, que carece de tales limitaciones²⁷.

En este punto, tanto la jurisprudencia²⁸, como la doctrina judicial²⁹, han insistido reiteradamente que ha de tenerse en cuenta dicha condición para la valoración de la incapacidad permanente, puesto que la misma confiere a este tipo de trabajadores un mayor margen de respuesta activa a los sufrimientos y secuelas, que les excluye de la sujeción a las exigencias de un tercero y les faculta para la auto organización de la actividad laboral en función de las propias capacidades físicas sin merma para la realización de las tareas fundamentales de la profesión.

Es decir, dada la posibilidad de auto organización del negocio que tiene el trabajador autónomo, los requerimientos físicos que se le exigen son menores que los de un trabajador por cuenta ajena, puesto que el autónomo no está sujeto a un horario concreto, ni al poder de dirección de un empresario, de modo que goza de una mayor libertad en la organización de su trabajo, siendo éste un dato a tener en cuenta a los efectos de una posible invalidez. Y de ningún modo cabría entender desigual la valoración de las limitaciones de una persona según sea trabajador por cuenta ajena o propia, por cuanto que la intensidad y continuidad de la labor que pueda exigirse al primero, no es impuesta por nadie al segundo³⁰.

Además, el mayor rigor en la apreciación de la incapacidad permanente en el RETA derivaría también de las diferentes expectativas de continuidad laboral tras el reconocimiento de la incapacidad permanente que tienen los trabajadores autónomos y los dependientes, ya que son más amplias para los primeros que para los segundos.

Naturalmente se trata de una argumentación que exigirá valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y comprobar si el trabajador, pese a ostentar la condición de titular de la empresa, realiza o no, junto con el resto de los operarios,

²⁷ CEA AYALA, A., SUÑER RUANO, E., *El régimen Especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social*, ob. cit. pág. 191 y ss.

²⁸ STS de 18 de julio de 1990 (RJ 1990/6428).

²⁹ STSJ de Andalucía de 15 de julio de 2015 (Recurso nº 808/2015); STSJ del País Vasco de 7 de julio de 2015 (Recurso nº 1160/2015); STSJ de Cataluña de 12 de mayo de 2015 (Recurso nº 6278/2014); STSJ del País Vasco de 21 de abril de 2015 (Recurso nº 615/2015); STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2015 (Recurso nº 5262/2014), entre otras muchas.

³⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F., CÁMARA BOTÍA, A., *La acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, ob. cit. pág. 160 y ss.; PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J., *La seguridad social de los trabajadores autónomos*, ob. cit. pág. 141 y ss.; CEA AYALA, A., SUÑER RUANO, E., *El régimen Especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social*, ob. cit. pág. 191 y ss.

funciones propias de los mismos que requieran de esfuerzos físicos para los que está imposibilitado. Ello implica que el análisis de las dolencias ha de resultar individualizado y matizado en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto, a fin de determinar si es o no posible la continuidad de la actividad del trabajador autónomo. Y en este punto, el desempeño del núcleo esencial de la actividad con continuidad, eficacia y regularidad será siempre un factor decisivo³¹.

En la valoración de la incapacidad permanente total del trabajador autónomo, pueden presentarse tres hipótesis que resultaran determinantes: la primera de ellas se produce cuando este trabajador tiene trabajadores a su cargo, y además de desarrollar funciones de administración, también participa activamente junto con el resto de trabajadores asalariados, en las labores propias de la empresa; la segunda es aquella en que el trabajador autónomo es titular de la empresa, pero carece de trabajadores a su cargo, desempeñando personalmente las tareas de administración y gestión, pero también las propias de su actividad económica; y la tercera es aquella en que el trabajador autónomo tan sólo actúa como mero gestor o administrador de la empresa, pero sin participar en las actividades junto con sus empleados.

Por lo que se refiere a la primera de estas hipótesis, es decir, en aquellos casos en que el trabajador autónomo, pese a ser titular de la empresa o incluso dirigir la misma, también desempeña funciones de esfuerzo físico como cualquier otro trabajador asalariado, hay que entender que se reunirán las premisas para el acceso a la prestación de incapacidad permanente total, cuando carezca de las aptitudes para desempeñar las tareas que han de acometer los trabajadores por cuenta ajena que tiene a su cargo. Por tanto, en aquellos casos en los que el trabajador autónomo no se limita a ejercer de empleador en labores de dirección o gestión de la empresa, sino que toma parte directa en los trabajos físicos encargados, formando parte de los equipos de operarios a ellos dedicados, cualquier limitación física afectante a dichas funciones alcanzará los presupuestos necesarios para que su situación pueda ser calificada de invalidez permanente en grado de total para su profesión habitual en el RETA³², pese a que conserve un cierto margen de capacidad para el desempeño de funciones de gestión o dirección.

Respecto de la segunda de las hipótesis, es decir, cuando el trabajador autónomo lo es a título personal, sin trabajadores a su cargo, e interviene activamente en el desarrollo efectivo de la actividad económica, cabe alcanzar la misma conclusión, y por tanto, en aquellos casos en que el trabajador autónomo es titular de un pequeño negocio sin empleados a su cargo, y desempeña una profesión que exige de requerimientos físicos (pensemos por ejemplo en un lampista), una limitación física acentuada podría determinar

³¹ STSJ de Andalucía de 15 de enero de 2008 (JUR 2009/150595).

³² STS de 18 de marzo de 1986 (RJ 1986/1350).

una incapacidad permanente total para dicha profesión, al no poder desarrollar los requerimientos de la misma con un mínimo de profesionalidad y eficacia.

Ciertamente, aun aceptando las dos facetas que componen la dedicación personal del trabajador autónomo a su actividad (la del desarrollo efectivo de la profesión y la de la gestión o administración del negocio), hay que valorar el esfuerzo físico requerido por sus quehaceres habituales reales, y no los que le son exigibles de supervisión o control del negocio, por lo que el factor decisivo a tener en cuenta será su posibilidad de seguir desempeñando el núcleo esencial de su actividad con eficacia y continuidad³³.

El principal interrogante que se plantea tanto en la primera como en esta segunda hipótesis, y para el caso de que se reconociera este grado de incapacidad permanente, es si la misma debe ser valorada conforme al esfuerzo que requiere la actividad material que venía desarrollando el trabajador autónomo, o si hay que tener en cuenta sus posibilidades de abandonar dichas tareas, encomendárselas a un tercero, y relegarse él mismo a ser un mero titular o administrador del negocio. Y el interrogante es difícil de resolver porque en función de cuál sea la postura que se adopte, al trabajador le va a resultar más o menos fácil el acceso a la prestación de incapacidad permanente total.

Ciertamente resulta desproporcionado no tener en cuenta la actividad material concreta que realizaba el trabajador autónomo (y para la que está incapacitado), y centrar la atención solamente en su facultad de utilizar el servicio de terceros, en su poder de auto organizar su actividad, y en la facultad de optar por su vertiente de gestión empresarial. Así lo ha entendido también la doctrina judicial³⁴, que insiste en que no se le puede exigir al autónomo a título personal, sin empleados a su cargo, y que se encuentra incapacitado para el desempeño de las tareas propias de su profesión, la contratación de personal “cuando los márgenes de beneficio de una pequeña empresa en un mercado competitivo se lo impiden”. Además, hay que tener en cuenta el propio tenor literal del artículo 36.2 del RD 1530/1970, que establece como actividad a valorar la “inmediata y anterior desempeñada por el interesado”, y no la que se presuponga que pueda efectuar en términos genéricos por ser autónomo³⁵.

Por lo que se refiere a la tercera de las hipótesis, si la intervención personal del trabajador autónomo en la actividad empresarial se traduce en una escasa o nula participación en las

³³ STS de 5 de octubre de 1988 (RJ 1988/7537); STS de 6 de junio de 1986 (RJ 1986/3485); STS de 9 de junio de 1987 (RJ 1987/4322).

³⁴ STSJ de Galicia de 1 de julio de 2015 (Recurso nº 725/2014); STSJ de Galicia de 10 de julio de 2015 (Recurso nº 740/2014); STSJ de Galicia de 15 de junio de 2015 (Recurso nº 84/2014).

³⁵ CERVILLA GARZÓN, M.J., *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el Sistema español de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 179 y ss.

laborales materiales propias de la misma, quedando relegado al papel de gerente o mero titular con trabajadores a su cargo, parece evidente que la apreciación de este grado de incapacidad permanente, requerirá un nivel de disminuciones físicas tan elevado que apenas haría viable el reconocimiento de una incapacidad permanente total.

Es decir, en aquellos casos en que el trabajador autónomo se limita a las labores de gestión, administración y dirección de la empresa, o incluso participa puntualmente en actividades físicas junto con sus operarios, se entiende que está en condiciones de autoorganizar su propio trabajo, y de seguir dirigiendo y coordinando la actividad del resto de empleados, pese a estar incapacitado para dichas actividades físicas³⁶. Se parte de la base de que al tener trabajadores asalariados a su cargo, puede utilizar el servicio remunerado de los mismos, no teniendo por qué desempeñar todas y cada una de las tareas que constituyen su actividad económica.

Ahora bien, no puede extremarse la distinción entre trabajo material y dirección empresarial presentes en todo trabajo autónomo, porque para valorar la incapacidad permanente en el grado de total para la profesión habitual, no ha de tenerse en cuenta tan sólo el mero ejercicio de la titularidad del negocio, sino la actividad que requiere la explotación habitual, permanente y directa de dicho negocio. De modo que para rechazar el grado de invalidez, no basta con que el trabajador pueda dirigir su propio negocio, sino que ha de estar en condiciones de explotarlo en términos idóneos a la efectividad de su actividad económica³⁷.

Llegados a este punto, y analizadas estas tres hipótesis, cabe preguntarse si la autonomía en la organización del trabajo, resulta una causa objetiva y razonable que permita justificar el tratamiento desigual ofrecido en la valoración de las secuelas incapacitantes entre un trabajador por cuenta ajena y un trabajador autónomo. Y ya se puede adelantar que la respuesta ha de ser negativa.

Se trata éste de un argumento que, por de pronto, puede quebrar en el caso del trabajador autónomo económicamente dependiente, quien realiza para el cliente un concreto trabajo, pero que se identifica perfectamente por su continuidad y por ser su medio de vida, de ahí

³⁶ STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2015 (Recurso nº 7075/2014); STSJ de Asturias de 23 de enero de 2015 (Recurso nº 2787/2014).

³⁷ STS de 6 de junio de 1986 (RJ 1986/3485); STS de 5 de octubre de 1988 (RJ 1988/7537); STSJ de Extremadura de 26 de marzo de 2015 (Recurso nº 65/2015); STSJ de Asturias de 13 de febrero de 2015 (Recurso nº 125/2015).

que la declaración de incapacidad permanente para la profesión habitual que desarrolle, deba valorarse con mayor claridad que en un trabajador autónomo³⁸.

La premisa de que el trabajador autónomo pueda auto organizar su trabajo no puede llevarse al extremo de desnaturalizar la profesión hasta el punto de omitir los requerimientos esenciales de la misma. Y si bien es cierto que un trabajador afiliado al RETA puede auto organizar su trabajo y ello le permite un mayor margen de respuesta a los padecimientos que pueda sufrir, no puede imponerse una interpretación restrictiva que impida el acceso a una prestación de incapacidad permanente en dicho Régimen por este sólo y único motivo, pues se vulnerarían preceptos constitucionales como son el artículo 41 (en orden a garantizar prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad) o el artículo 35 en su vertiente de libre elección de profesión u oficio.

4. La compatibilidad de la prestación por incapacidad permanente total con la realización de un trabajo como argumento tendente a una interpretación flexible

En el Régimen General de la Seguridad Social, y bajo el título de “Compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente”, el artículo 198.1 del TRLGSS señala que en caso de incapacidad permanente, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total³⁹.

En el RETA existe una previsión similar contenida en el artículo 82 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 por la que se dictan normas para la aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos, según la cual: las pensiones vitalicias otorgadas por este régimen especial por causa de invalidez, serán compatibles con el ejercicio de aquellas actividades y trabajos sean o no lucrativos, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

Ello significa que será posible la percepción de una prestación de incapacidad permanente total, y el ejercicio simultáneo por parte del beneficiario de actividades profesionales,

³⁸ APILLUELO MARTÍN, M., *Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y del dependiente*, ob. cit. pág. 183 y ss.

³⁹ GALA DURÁN, C., “La compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 122, 2013, pág. 79 y ss.; MOLINER TAMBORERO, G., “Compatibilidades entre prestaciones y trabajo u otras percepciones o ingresos. Un estudio de jurisprudencia”, *Diario La ley* nº 7692, 2001, pág. 2 y ss.; FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., “Compatibilidad trabajo-pensión de incapacidad: evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Actualidad Laboral*, nº 2, 2013, pág. 184 y ss.

siempre y cuando: a) las “funciones”, “actividades” y “trabajos” no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total; b) sean compatibles con el estado del inválido; y c) no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Y así sucede precisamente entre las funciones de administración, dirección y gestión del negocio por un lado, y aquellas otras funciones que se manifiestan en el trabajo material o físico.

Precisamente, la compatibilidad entre la prestación por incapacidad permanente total del trabajador autónomo y la realización de una actividad o trabajo que no afecten a su capacidad residual, es un argumento tendente a una interpretación flexible en la valoración de la incapacidad permanente de este tipo de trabajadores.

Sin embargo, no lo ha entendido así la doctrina judicial⁴⁰ que ha precisado que el reconocimiento de la incapacidad permanente total para la profesión habitual de un trabajador autónomo hace incompatible dicha prestación con toda actividad profesional habitual que se llevaba a cabo hasta el momento de declararse la invalidez. Por ello y “a priori”, es incompatible la prestación de incapacidad permanente total del trabajador autónomo con la continuidad en la misma actividad profesional⁴¹.

En base a ello, los tribunales⁴² han negado la posibilidad de mantener el cobro de la pensión cuando la actividad por la que se solicita el alta en el RETA se efectúa, como titular, en la misma empresa donde además de ser titular, también se desarrollaba la profesión habitual determinante de la concesión de la incapacidad permanente total. Se parte de la premisa de que, si se es inválido, se es respecto de todas las actividades laborales vinculadas con la profesión, incluidas las de administración y dirección.

Por ello, según estos pronunciamientos⁴³, es incompatible la pensión de incapacidad permanente total con la continuidad en la misma actividad si el trabajador sigue realizando funciones de administración y gestión de dicha empresa, es decir, si sigue desempeñando buena parte de las tareas que integran la actividad profesional para la que fue declarado incapaz. Dadas las facultades que tiene el trabajador autónomo de autoorganizar su trabajo mejor que un trabajador por cuenta ajena, se ha entendido que cuando se reconoce una incapacidad permanente total a este tipo de trabajadores, es porque éstos

⁴⁰ STSJ de Madrid de 15 de marzo de 2004 (JUR 2004/229845).

⁴¹ CAVAS MARTÍNEZ, F., CÁMARA BOTÍA, A., *La acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, ob. cit. pág. 160 y ss.

⁴² STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2001 (JUR 2001/4679); STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2001 (JUR 2001/4666).

⁴³ STSJ de Madrid de 19 de abril de 2005 (JUR 2004/224945).

no pueden desarrollar ninguna de las tareas de su profesión, debiendo cesar en su actividad⁴⁴.

Ahora bien, la necesaria interpretación flexible del concepto de auto organización del trabajo autónomo en el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente total que venimos defendiendo, exige una cierta atemperación a esta línea interpretativa impuesta por la doctrina judicial. Estamos ante actividades (las de dirección y gestión por oposición a las de trabajo material) que en la mayoría de los casos no son coincidentes, pueden ser compatibles con el estado del inválido, y no tienen por qué representar un cambio en su capacidad de trabajo.

Y desde el mismo momento en que es posible compatibilizar la pensión de incapacidad permanente total reconocida a un trabajador autónomo para las tareas que desarrollaba en cooperación con el resto de trabajadores, con el desempeño de las funciones de mera dirección y gestión del negocio, no debiera utilizarse el argumento de la auto organización de la actividad productiva como un límite en el acceso a la incapacidad permanente de este colectivo de trabajadores.

5. Conclusiones

I. En nuestro ordenamiento jurídico, y de manera similar al Régimen General de la Seguridad Social, la acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos prevé el reconocimiento de la incapacidad permanente, incluida la incapacidad permanente total para su profesión habitual. De modo que el trabajador autónomo puede acceder a este tipo de prestaciones al igual que el trabajador por cuenta ajena.

II. Sin embargo, a la hora de valorar las secuelas incapacitantes de este colectivo de trabajadores, los tribunales de justicia han adoptado una interpretación restrictiva sobre la base de entender que el trabajador autónomo puede auto organizar su actividad profesional de la manera que crea conveniente, de modo que los requerimientos que se le pueden exigir son menores que los de un trabajador por cuenta ajena, al no estar el trabajador autónomo sujeto a un horario concreto, ni a un poder de dirección empresarial.

⁴⁴ CERVILLA GARZÓN, M.J., *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el Sistema español de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 196 y ss.; ROGUETA BUJ, R., “El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente”, *Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales* nº 29, 2001, pág. 29 y ss.; LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Acerca del encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos del inválido absoluto”, *Aranzadi Social*, vol. III, 1996, pág. 2 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F., CÁMARA BOTIA, A., *La acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, ob. cit. pág. 160 y ss.

III. Esta argumentación no puede llevarse hasta sus últimos extremos, sino que exigirá valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, de modo que el análisis de las dolencias ha de resultar individualizado y matizado, a fin de determinar si es posible o no, la continuidad de la actividad del trabajador autónomo. En este punto cabrá diferenciar tres hipótesis, y la valoración de la incapacidad permanente podrá ser distinta en función de cada una de ellas. La primera hipótesis es aquella en que el trabajador autónomo lo es a título personal, sin trabajadores a su cargo; la segunda es aquella en que el trabajador autónomo tiene trabajadores a su cargo, pero se dedica exclusivamente a tareas de dirección, gestión y administración del negocio; y la tercera es aquella en que el trabajador autónomo, además de ostentar la titularidad de la empresa, desempeña simultáneamente el trabajo del resto de sus operarios.

IV. Hay que tener en cuenta que el trabajador autónomo, más que desempeñar una profesión habitual (concepto aplicable al trabajador asalariado por cuenta ajena), desempeña generalmente una actividad económica. El concepto de actividad económica puede dificultar al intérprete la valoración de la capacidad residual del trabajador incapacitado, al desconocer cuáles son los requerimientos exigidos en la misma, máxime si se tiene presente que en el trabajo autónomo puede concurrir, además del estrictamente material, también la dirección, organización y gestión de la explotación, no sujetas a disciplina horaria ni rendimiento determinado.

V. La autonomía en la organización del trabajo, no es, por sí misma, una causa objetiva y razonable que permita justificar el tratamiento desigual ofrecido en la valoración de las secuelas incapacitantes entre un trabajador por cuenta ajena y un trabajador autónomo. Y no puede imponerse una interpretación restrictiva que impida el acceso a una prestación de incapacidad permanente en dicho Régimen por este sólo motivo, ya que tal circunstancia puede acabar desnaturalizando la profesión desempeñada. Además, el régimen jurídico de la compatibilidad entre la prestación de incapacidad permanente total del trabajador autónomo con la realización de un trabajo, ahonda en la necesidad de evitar interpretaciones restrictivas en esta materia.

VI. Resulta necesaria, por tanto, una interpretación flexible del concepto de “auto organización del trabajo autónomo” en el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente total, si no se quieren vulnerar preceptos constitucionales como son el artículo 41 de la CE en materia de garantía de prestaciones en caso de necesidad, o el artículo 35 relativo a la libre elección de profesión u oficio.

Fecha recepción: 4.5.2016
Fecha aceptación: 20.5.2016