

INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA Y R.E.T.A.*

SUMARIO.—I. Planteamiento.—II. Origen del problema.—III. Criterios jurisprudenciales: A) La denegación del incremento de la pensión por los Tribunales ordinarios y sus razones: a) Argumentos formales: 1. Omisión del incremento en el R.E.T.A. 2. Inaplicabilidad de la Ley 24/1972, de 21 de junio al R.E.T.A. b) Argumentos materiales: 1. Especial naturaleza y configuración de la acción protectora del R.E.T.A.: 1.1. Posibilidad de utilizar facultades residuales en labores complementarias. 1.2. Identificación del «empleo» como situación de dependencia retribuida. 2. Irrelevancia de la equiparación contributiva del R.E.T.A. al Régimen General. B) Doctrina del Tribunal Constitucional: ¿Posible discriminación?—IV. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 16 de octubre de 1991.—V. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

La sentencia del T.S.J. de Murcia 508/1991 de 16 de octubre suscita una cuestión largamente debatida desde la entrada en vigor de la Ley 24/1972 de 21 de junio¹: ¿es aplicable a los trabajadores autónomos declarados

* Comentario a la sentencia 508/1991, de 16 de octubre, del TSJ de Murcia (Sala de lo Social).

¹ Ley de Financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General; su contenido pasó a formar parte del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, cuyo artículo 136.2, párrafo segundo, regula la incapacidad permanente total cualificada.

afectos de incapacidad permanente total para la profesión habitual, el incremento de la pensión previsto en el artículo 11.4 de dicha Ley².

El actor, nacido el 17 de enero de 1934, percibe pensión de invalidez permanente total del RETA, en cuantía equivalente al 55% de su base reguladora. El 6 de abril de 1989 solicita del INSS el reconocimiento del incremento del 20% de su pensión, lo que le es denegado por la Dirección Provincial mediante resolución de 17 de abril de 1989, por no estar previsto dicho aumento en la acción protectora del RETA.

El 9 de mayo de 1989 formula el actor reclamación previa; al ser desestimada presenta demanda, correspondiendo su conocimiento al Juzgado de lo Social número Cuatro de Murcia. El 10 de julio de 1990 se dicta sentencia por la que se estima la pretensión de la parte actora.

Contra dicho pronunciamiento se interpone recurso de suplicación por el INSS, que es estimado por la Sala de lo Social del T.S.J. de Murcia: el Tribunal, si bien reconoce la completa equiparación de deberes contributivos del RETA con el Régimen General, (salvo una pequeña aminoración que compensa la inexistencia de prestación por invalidez provisional), se decanta por la «ya tradicional y arraigada tendencia a negar el complemento a quienes son trabajadores por cuenta propia». Los argumentos esgrimidos en apoyo de tal posición son dos, estrechamente relacionados:

1º El trabajador autónomo puede acogerse al margen de aptitud laboral que la incapacidad total presupone en la realización de tareas no esenciales de su actividad habitual, de forma que es posible que siga manteniendo una ocupación.

2º El complemento no puede ser concedido, si al menos no se acredita que se ha cesado en la titularidad del negocio que está en el origen de la afiliación como autónomo.

II. ORIGEN DEL PROBLEMA

La contingencia de invalidez permanente total para la profesión habitual está protegida en el RETA (art. 27.1.a y 36.1 del Decreto 2530/1970 y

2 El Decreto de 23 de junio de 1972, que desarrollo la Ley 24/1972, fija el incremento en un 20% de la base reguladora que se tome para determinar la cuantía de la pensión (art. 6.3).

56.1.a y 74.1 de la Orden de 24 de septiembre de 1970)³. El concepto de la misma es el del Régimen General, de modo que equivale a aquella incapacidad que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (art. 135.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974)⁴. En cuanto a la protección dispensada, este Régimen Especial distingue entre prestaciones económicas y recuperadoras.

— Las *prestaciones económicas* están previstas en el artículo 38.1 del Decreto 2530/1970, cuyo párrafo segundo establece que los supuestos en que éstas procedan serán los mismos que en el Régimen General. El artículo 77 de la Orden de desarrollo ya no se remite al Régimen General sino que regula directamente la materia, si bien reproduciendo de forma casi literal las previsiones del mismo en la Orden de 15 de abril de 1969 (arts. 15 y 16).

Como se observará, en el momento de la creación del RETA, la configuración otorgada por éste a la invalidez permanente total para la profesión habitual coincidía plenamente con la del Régimen General de la Seguridad Social.

Posteriormente, la Ley 24/1972 de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General, en su artículo 11.4, introduce el conocido incremento de la prestación económica por incapacidad permanente total, que será aplicable cuando por motivos de «edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior»⁵.

3 Sobre el tema, cfr. ÁLVAREZ DE LA ROSA: *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, Madrid, 1982, quien elabora un detallado estudio sobre la regulación de la contingencia de invalidez permanente.

4 Los arts. 36.2 del Decreto y 74.2 de la Orden establecen que el concepto de incapacidad permanente total para la profesión habitual será el que se determine para el Régimen General de la Seguridad Social.

5 Ver, SEMPERE NAVARRO y MENÉNDEZ JEANNOT: «Invalidez Permanente Total Cualificada: Fecha de su declaración e incremento complementario de la pensión», *Actualidad Laboral*, nº 1, 1988, quienes analizan el significado de este grado de incapacidad, así como el sentido de los requisitos preceptivos para acceder al mismo, hasta, finalmente, concluir, que resulta indiferente la fecha en que se hubiere producido la declaración de invalidez en particular y que no puede considerarse como de necesaria concurrencia la exigencia del D. 1.646/1972 de que se trate de «trabajadores declarados en dicha situación a partir del 1 de julio de 1972» (art. 6.1).

A partir de ese momento se suscita la duda acerca de la aplicación o no de dicho incremento a los trabajadores autónomos, o lo que es lo mismo acerca de la diversificación o no de la regulación de dicha contingencia en el RETA y en el Régimen General.

— En cuanto a las *prestaciones recuperadoras*, éstas se encuentran previstas en los arts. 39 del Decreto 2530/1970 y 83 de la Orden de desarrollo; ambos preceptos se remiten al Régimen General. Según el artículo 147.1 de la Ley de Seguridad Social, los procesos de recuperación profesional podrán comprender todas, alguna o algunas de las siguientes prestaciones recuperadoras:

- a) Tratamiento sanitario adecuado, especialmente rehabilitación funcional.
- b) Orientación profesional.
- c) Formación profesional, por readaptación al trabajo habitual anterior o por reeducación para un nuevo oficio o profesión.

III. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Una vez sintetizada la sentencia objeto de este comentario, y planteada la cuestión debatida, es el momento de examinar la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia recaída sobre el tema, así como la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular. Adelantemos la existencia de práctica unanimitad en tales pronunciamientos en el sentido de denegar el incremento, con la única excepción de la Sentencia nº 356/1990 de 28 de mayo de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, cuyo aislado criterio fue abandonado por la misma Sala en la sentencia comentada. También se traerá a colación, en determinados momentos, la jurisprudencia recaída en materia de subsistencia del requisito de edad (45 años), para que los trabajadores autónomos accedan a la prestación económica de invalidez permanente total, al ser ésta una cuestión de análoga naturaleza a la considerada.

A) LA DENEGACIÓN DEL INCREMENTO DE LA PENSIÓN POR LOS TRIBUNALES ORDINARIOS Y SUS RAZONES:

A raíz de la sentencia del T.S. de 3 de junio de 1974, la cuestión se ha resuelto unánimemente en el sentido ya conocido. Vamos a examinar los diferentes argumentos aducidos al respecto, con separación de los que poseen carácter predominantemente sustantivo de aquellos otros catalogables como formales.

A) *Argumentos formales:*

1. Omisión del incremento en el RETA

El principal y lógico argumento esgrimido por muchas de las sentencias examinadas al justificar la denegación del incremento, viene dado por un dato fácilmente constatable: el Decreto 2530/1970, al regular las prestaciones económicas por invalidez permanente total, en el artículo 38.1, omite cualquier referencia expresa al mismo, únicamente reconoce el derecho del beneficiario a la entrega de una cantidad a tanto alzado equivalente a cuarenta mensualidades de la base reguladora, o a una pensión vitalicia equivalente al 55% de dicha base reguladora⁶.

Ya se ha adelantado que no es extraña la señalada omisión del Decreto, teniendo en cuenta que en la fecha de su aprobación todavía no había sido introducido en nuestro Ordenamiento Jurídico lo que un sector de la doctrina —y la jurisprudencia más adelante— calificaría como invalidez permanente total «cualificada».

También se ha subrayado que hasta la entrada en vigor de la Ley 24/1972, la invalidez permanente total tenía idéntica regulación en el RETA y en el Régimen General. Sería posible, quizá, ir más lejos: parece que la voluntad del legislador no es otra que la de *mantener* esa regulación para-

6 En este sentido se pronuncia el TCT, mediante sentencia de 29-noviembre-1974 (Ar. 5103): «cuando tal Decreto (Decreto 2530/1970) trata de prestaciones, que lo hace en el primer párrafo del nº 1 del art. 38, dice que para la invalidez permanente total la prestación será una cantidad a tanto alzado de 40 mensualidades o una pensión vitalicia equivalente al 55% de la base reguladora»; entre otras muchas, ver también las sentencias TCT 4-mayo-1988 (Ar. 3787) y TSJ de Andalucía 8-julio-1989 (Ar. 42).

lela, de ahí las continuas remisiones del primer régimen al segundo⁷.

Sin embargo, sea cual fuere la voluntad del legislador, lo cierto es que las normas reguladoras del RETA no acogieron las novedades introducidas por la Ley de 21 de junio de 1972, y a ello se atienen las sentencias examinadas al denegar el incremento.

2. Inaplicabilidad de la Ley 24/1972, de 21 de junio al RETA

Siguiendo el criterio de la primera sentencia recaída sobre esta cuestión (S. del T.S., de 3 de junio de 1974, Ar. 2997), algunas de las examinadas resaltan que «tanto de la letra como del espíritu de los preceptos que lo establecieron (el incremento), se deduce que se refiere a trabajadores por cuenta ajena»⁸.

Efectivamente, la Ley 24/1972 se dirige de forma inicial al Régimen General; así se desprende de su propia denominación (Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General), y también de su articulado⁹. Su Disposición Final 5ª.1 obligaba al Gobierno a dictar las disposiciones legales precisas en los Regímenes Especiales para concordar la remisión que en éstos se hace al Régimen General, con las modificaciones introducidas en éste por la mencionada Ley 24/1972. ¿Se puede considerar al RETA incluido entre esos Regímenes Especiales que se remiten al General?

La jurisprudencia responde de forma negativa, pues viene entendiendo que el RETA tiene su regulación específica sobre la materia en los arts.

7 Art. 36.2 del Decreto 2530/1970: «Los conceptos de incapacidad permanente total..., serán los que se determinan para el Régimen General de la Seguridad Social»; art. 38.1, párrafo segundo: «Los supuestos en que procedan dichas prestaciones (económicas) serán los mismos que en el Régimen General...»; Art. 39: «...los beneficiarios tendrán derecho a las prestaciones recuperadoras en los mismos supuestos, términos y con el alcance determinado para éstas en el Régimen General de la Seguridad Social».

8 Vide sentencias TCT 29-noviembre-1974 (Ar. 5103), 5-marzo-1975 (Ar. 1226), 23-junio-1982 (Ar. 3849), 7-abril-1988 (Ar. 3065), así como sentencia TSJ de Madrid, 5-marzo-1990 (Ar. 1365).

9 El art. 1º de la Ley 24/1972 señala que la Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, queda modificada de acuerdo con lo dispuesto en misma.

37.2 del Decreto 2530/70, y 75.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, de forma que no existe remisión alguna al Régimen General¹⁰.

b) *Argumentos materiales*

1. Especial naturaleza y configuración de la acción protectora del RETA

1.1. Posibilidad de utilizar facultades residuales en labores complementarias

El art. 6.6 del Decreto de 23 de junio de 1972, establece que el incremento queda en suspenso durante el período que el trabajador obtenga un empleo. De ello se desprende, según criterio jurisprudencial, que tal incremento se concede al inválido que pudiendo realizar algún trabajo no lo haya obtenido, situación no aplicable a los autónomos, que pueden utilizar autónomamente sus *facultades residuales* en las *labores complementarias* del oficio correspondiente¹¹.

Quizá, frente a ello, cabría aducir que los trabajadores autónomos constituyen un colectivo dispar, heterogéneo, que no admite tratamiento jurídico unitario en materia de invalidez permanente total. Efectivamente, en determinadas ocasiones (piénsese, por ejemplo, en un trabajador agrícola por cuenta propia que tiene una explotación en la que colaboran varios familiares), la declaración de invalidez permanente total no va a impedir que el trabajador continúe «utilizando autónomamente sus facultades residuales» mediante el ejercicio de su poder de organización y dirección, que todavía mantiene en cuanto pequeño empresario¹². Hay, sin embargo, «otro tipo» de

10 En este sentido se pronuncia el T.S., en la sentencia de 2 de junio de 1990 (Ar. 5003), dictada en materia de denegación de las prestaciones por incapacidad total por no tener cumplida edad reglamentaria.

11 TCT, de 23 de junio de 1982 (Ar. 3849). En esta misma línea argumental puede verse también la sentencia del T.S.J. de Madrid de 5 de marzo de 1990 (Ar. 1365).

12 Sobre este tema el Tribunal Supremo ha señalado que «...el trabajador agrícola por cuenta propia, tiene la posibilidad casi segura de desarrollar una actividad secundaria dentro de su propia explotación, en armonía con la reducida capacidad laboral que todavía le reste, pese a ser incapaz para la realización de las tareas más duras, ya que el oficio de labrador por cuenta propia comprende un amplio abanico de quehaceres (que incluye la condición de pequeño empresario) que unos exigen esfuerzos físicos y otros que pueden desarrollarse sin

trabajadores autónomos que carecen de explotación agrícola o de establecimiento abierto al público, que no son ayudados por colaboradores, que no utilizan el servicio remunerado de otras personas, sino que dependen de forma exclusiva, para su subsistencia, de su actividad personal; estos trabajadores por cuenta propia, en el supuesto de quedar incapacitados para la realización «de todas o de las fundamentales tareas de su profesión», difícilmente podrán dedicarse a las labores complementarias de la misma, al no existir quien realice las actividades principales a las que estas otras complementan¹³.

La doctrina del T.S.J. de Murcia, apunta ya, si bien, tímidamente, hacia la distinción entre esas dos clases de autónomos (aquellos que pueden mantener la titularidad de su negocio tras la declaración de invalidez permanente total y aquellos otros que cesan en la misma). Concretamente, la sentencia de 16 de octubre de 1991, si bien revoca la de instancia, en la que se reconocía el incremento del 20% de la pensión de invalidez a un trabajador autónomo, señala que «la concreción del caso es básica, y lo primero que una pretensión como la aquí deducida exigiría, para conseguir un mínimo de viabilidad, es que quedara plenamente acreditada la indisponibilidad del negocio que está en el origen de la afiliación autónoma»¹⁴.

Siguiendo el razonamiento del T.S.J., habría, lógicamente, que concluir que en aquellos supuestos en los que el inválido total no pueda seguir dirigiendo su propia explotación, y así se pruebe, debería reconocerse el incremento solicitado.

desplegar más actividad que la normal, la exigible en un quehacer sedentario» (sentencia 19 diciembre 1983, Ar. 6246).

13 El concepto de invalidez permanente total se recoge en el art. 135.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974: «Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual a la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta».

14 Sobre esta tema, ALONSO OLEA y TORTUELO PLAZA: *Instituciones de Seguridad Social*, Decimotercera Edición, Madrid, 1992, p. 531, nota 186, subrayan que la razón de la denegación del incremento está, posiblemente, en que el inválido total puede seguir dirigiendo su propia explotación, y que, por tanto, si se prueba que esto no es así, esto es, el autónomo deja la actividad y se inscribe solicitando empleo compatible con la IPT, la no aplicación de la cualificación es injustificable.

1.2. Identificación del «empleo» como situación de dependencia retribuida

Algunas de las sentencias examinadas edifican su posición sobre inexistencia del derecho a percibir el complemento, sobre una concreta interpretación de la palabra «empleo» utilizada por el artículo 6.4 del Decreto de 23 de junio de 1972 («el incremento quedará en suspenso durante el periodo en que el trabajador obtenga un *empleo*»), así como por el art. 11.4 de la Ley 24/1972 (procederá el incremento cuando por motivos de edad, preparación,... «se presume la dificultad de obtener *empleo* en actividad distinta de la habitual anterior»). La jurisprudencia, restrictivamente, ha identificado el empleo con actividad dependiente, y, a su vez, ha entendido que los autónomos no compiten en el mercado laboral, pues de ellos depende disponer de las posibilidades de empleo:

— El Tribunal Supremo, en alguna ocasión ha señalado que «el término empleo, que repetidamente se utiliza por el legislador, implica una situación de dependencia retribuida por la empresa, que no cabe apreciar en el trabajador por cuenta propia»¹⁵.

— A su vez, el Tribunal Central de Trabajo, en varias sentencias ha resaltado la exclusión de los autónomos del mercado laboral: «... el incremento se concede al inválido que, pudiendo trabajar, no encuentra ocupación, situación no aplicable a los autónomos...»¹⁶, «...dentro de tal régimen especial no se halla previsto ese complemento, por depender del propio interesado disponer de posibilidades de empleo...»¹⁷; «...el incremento no tiene aplicación a los trabajadores autónomos, en cuanto éstos no compiten en el mercado laboral, y tal mejora trata de compensar la dificultad de concurrir a dicho mercado por su edad a los inválidos totales que han alcanzado los 55 años...»¹⁸.

A la vista de las anteriores sentencias cabría plantearse si es lógico entender que los trabajadores autónomos están excluidos del mercado laboral, y que únicamente los trabajadores dependientes se encuentran «empleados».

El trabajo autónomo se ha convertido en una opción a la que se han visto

15 TS/SOC de 21 diciembre 1979 (Ar. 4544).

16 TCT de 7 abril 1988 (Ar. 3065).

17 TCT de 4 mayo 1988 (Ar. 3787).

18 TCT de 20 julio 1988 (Ar. 5181).

abogados muchos asalariados que, en los últimos tiempos, debido a los altos niveles de desempleo, han perdido su trabajo. No estamos hablando de formas simuladas de trabajo autónomo que tratan de encubrir contratos de trabajo, sino de trabajos autónomos reales (por ejemplo, conductor de camión asalariado, que tras quedar en situación de desempleo, compra su vehículo, quedando convertido en empresario independiente)¹⁹.

Los Poderes Públicos no sólo han aceptado esta solución sino que la han potenciado. Así, el Real Decreto nº 1.044/85 de 19 de junio permitió la percepción de una sola vez de la prestación de desempleo a aquellos titulares del derecho a la misma que acreditaran ante el INEM que iban a realizar una actividad profesional como trabajadores autónomos²⁰.

Habría, pues, que replantearse la dicotomía trabajo autónomo-trabajo subordinado: tan desempleado es un asalariado que ha perdido su empleo y que decide emprender una actividad por cuenta propia, como el autónomo que cesa en su actividad, y que se inscribe en las listas del INEM en demanda de un trabajo asalariado. No se puede entender, pues, que los autónomos se encuentran totalmente excluidos del mercado laboral.

La misma línea de promoción del trabajo por cuenta propia sigue la Orden de 21 de febrero de 1986 sobre Colocación Obrera. Esta norma establece diversos Programas de apoyo a la creación de empleo; concretamente el Programa III, se dirige a la Promoción del empleo autónomo. Su finalidad, según el artículo 12 de la Orden es «promover y ayudar a financiar aquellos proyectos que faciliten la constitución en trabajadores autónomos o por cuenta propia a personas que se encuentran inscritas como desempleadas en las Oficinas de Empleo». Como se puede observar, la mencionada Orden habla de «empleo autónomo»: es el propio legislador el que hace uso de una noción amplia del término «empleo», incluyendo dentro del mismo el empleo autónomo o autoempleo. Por consiguiente,

19 ULRICH ZACHERT: «Las formas de empleo: problemas y tendencias actuales en la República Federal Alemana», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1989. Traducción de Miguel Rodríguez-Piñero Royo.

20 El Real Decreto-Ley 1/1992, de 3 de abril, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, suprime el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único salvo para quienes pretendan realizar una actividad profesional como socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado o sociedad anónima laboral.

habrá que entender que tal expresión también abarca la actividad u ocupación que desarrollan quienes trabajan por cuenta propia.

Resumiendo, no parece razonable la denegación del complemento bajo el doble argumento de que la palabra empleo utilizada por el legislador (art. 11.4 de la Ley 24/1972 y art. 6.4 del D. de 23 de junio de 1972) significa dependencia retribuida, y de que los autónomos se encuentran excluidos del mercado laboral.

2. Irrelevancia de la equiparación contributiva del RETA al Régimen General

Como consecuencia de la ampliación de la acción protectora de cobertura obligatoria en el RETA (ILT y asistencia sanitaria) que trae consigo el RD 43/1984 de 4 de enero, otro RD (nº 46/1984) de la misma fecha equipara el tipo de cotización del RETA al del Régimen General, de manera que en ambos regímenes existen idénticos deberes contributivos, con una pequeña excepción, introducida recientemente²¹: aminoración de la cuota que se ha de ingresar, en el RETA, que intencionalmente apunta a la prestación de invalidez provisional, no cubierta en este régimen²².

La sentencia del T.S.J. de Andalucía, de 8 de julio de 1989 (Ar. 42), reconoce la existencia de un mismo tipo de cotización, y acto seguido manifiesta que ello «es irrelevante para el incremento pedido, no previsto en el Régimen de autónomos».

Del mismo modo el T.S.J. de Murcia en la comentada sentencia de 16 de octubre de 1991, admite la completa equiparación de deberes contributivos, para, inmediatamente señalar que, pese a ello, «lo anterior ha de ser coherente con la ya tradicional y arraigada tendencia a negar el complemento a quienes son trabajadores por cuenta propia».

A pesar de la coincidente doctrina jurisprudencial, no habría que perder de vista el objetivo perseguido con la equiparación de cotizaciones²³: «no discriminación en las cotizaciones a igualdad de prestaciones». Sin embargo, cabría plantearse si realmente existe tal igualdad de prestaciones.

21 Vide R.D. 9/91, de 11 de enero, art. 9.4; Ley 31/1991 de 30 de diciembre, art. 111, 4.4; y Orden de 16 de enero de 1992, art. 11.6.

22 Vide s. T.S.J. de Murcia de 16 de octubre de 1991.

23 Vide Exposición de Motivos del R.D. 46/1984, de 4 de enero, sobre Cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional en 1984.

B) DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿POSIBLE DISCRIMINACIÓN?

La cuestión podría plantearse del siguiente modo: la diferencia de régimen contenida en cuanto a la prestación de invalidez permanente total cualificada, en el Régimen de autónomos, en una norma de rango reglamentario (que no prevé expresamente el incremento del 20%), sin apoyo en otra de superior rango legal, ¿puede aceptarse como válida desde la entrada en vigor de la Constitución?

Una cuestión parecida se planteó el T.S.J. de Murcia (S. 24-1-90), si bien al resolver un tema de limitación de edad para acceder a la prestación de invalidez permanente total. El referido Tribunal sostuvo la existencia de discriminación, apoyándose en la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia 209/1987 de 22 de diciembre: «ni las leyes ni los reglamentos pueden introducir entre los ciudadanos o entre las situaciones en las que éstos se encuentran diferencias que no estén justificadas por razones objetivas y legítimas... no puede el reglamento excluir del goce de un derecho a aquéllos a quienes la ley no excluyó».

El anterior criterio es aislado: la doctrina, la jurisprudencia y el propio Tribunal Constitucional (no ha resuelto el tema planteado pero sí otros análogos) se decantan por la inexistencia de discriminación: el mejor trato dispensado a los trabajadores dependientes responde a una justificación razonable, pues se dirige a compensar las mayores dificultades que para encontrar un empleo alternativo tienen los trabajadores dependientes²⁴. El T.C. también ha manifestado que «la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero tal igualación, cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituyen un imperativo jurídico»²⁵.

24 De nuevo se recoge aquí la idea de que los autónomos están totalmente excluidos del mercado laboral, cuando, como se ha visto, no existen demasiadas diferencias entre éstos y los asalariados en dicha materia, de manera que sus roles pueden ser intercambiados.

25 Vide S.T.C. 27/1988 de 23 de febrero.

IV. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1991

Esta resolución cierra una vía abierta por la misma Sala, meses atrás, en la sentencia de 28 de mayo de 1990, que, novedosamente, reconoció el incremento del 20% a un trabajador autónomo titular de una pensión del 55% de su base reguladora. El Tribunal se fundamentó en una supuesta «doctrina reiterada», en virtud de la cual, al negarse tal incremento a los trabajadores del RETA, se está, a la vez, contrariando normas básicas de nuestro ordenamiento sobre tratamiento igual, respecto de situaciones que no discrepan en esencia.

No está muy claro a qué doctrina se refería el T.S.J., pues, como es sabido, si bien es cierto que existe una reiterada doctrina sobre la materia, ésta es en sentido contrario: denegación del incremento a los trabajadores autónomos, por las causas conocidas²⁶.

En la sentencia comentada el T.S.J., regresa al criterio tradicional denegatorio. Pese a ello, resulta novedosa por dos motivos:

1º Se reconoce abiertamente la completa equiparación de deberes contributivos entre el RETA y el Régimen General.

2º Se entiende que la concreción del caso es básica. Ya no se presume que todo autónomo, con carácter general «puede hacer uso de sus facultades residuales en tareas complementarias de su profesión». Expresamente el T.S.J., manifiesta que «lo primero que una pretensión como la aquí deducida exigiría, para conseguir un mínimo de viabilidad es que quedara plenamente acreditada la indisponibilidad del negocio».

Cabe preguntarse si, caso de haberse acreditado en ese supuesto concreto el cese en la titularidad del negocio, el Tribunal habría fallado en sentido contrario.

Con posterioridad, y hasta la fecha, el T.S.J. ha dictado tres sentencias sobre la materia:

— En dos de ellas deniega el incremento aduciendo idénticos criterios a los de la sentencia comentada²⁷.

²⁶ Quizá se refiera a la Doctrina sobre el principio de trato igual.

²⁷ Vide ss. T.S.J. de Murcia nº 509/1991, de 16 de octubre, y nº 705, de 19 de diciembre de 1991.

— En la tercera, curiosamente, vuelve a reconocerse el incremento, pero esta vez sin aducir argumento alguno: simplemente se confirma una sentencia que condena al INSS al pago de una pensión vitalicia en cuantía del 55% de su base reguladora, más el 20%, «por ser el actor mayor de 55 años»²⁸.

V. CONCLUSIONES

1ª Ni el Decreto 2530/1970 ni su Orden de desarrollo reconocen de forma expresa el derecho de los trabajadores autónomos a percibir el incremento del 20% de la base reguladora en concepto de prestación por invalidez permanente total cualificada.

2ª Hasta la entrada en vigor de la Ley 24/1972, la incapacidad permanente total tenía la misma configuración en el RETA y el Régimen General.

3ª El Tribunal Constitucional ha establecido en supuestos análogos la inexistencia de una vulneración abierta del artículo 14 de la Constitución: «la igualación en el nivel de protección cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico».

4ª La jurisprudencia del T.C.T., de los TT.SS.JJ. y del T.S. es unánime: a los trabajadores autónomos no les es aplicable el incremento previsto en el art. 11.4 de la Ley 24/1972. Ello no obstante, un par de pronunciamientos aislados del T.S.J. de Murcia postulan lo contrario.

A la vista de lo anterior, cabría plantear dos cuestiones que seguramente quedarán en el aire:

1) ¿Qué justifica el mantenimiento de esta situación que todavía hace más precaria, si cabe, la protección de que gozan los autónomos? El legislador no ha sido excesivamente generoso con este colectivo en materia de prestaciones (no se reconoce la invalidez provisional, tampoco el grado de invalidez parcial...)²⁹. Recientemente, hay que admitir, un pequeño cambio

28 Vide s. T.S.J. de Murcia nº 79/1992, de 12 de febrero.

29 RODRÍGUEZ INIESTA: «El trabajador autónomo. Invalidez Permanente Total. Subsistencia del requisito de tener cumplidos 45 años», *Las Cuatro Esquinas*, Ilustre Colegio de Graduados Sociales de Murcia, Año 2, nº 4, 3º y 4º Trimestres de 1990.

de actitud: el Real Decreto 9/1991 de 11 de enero, en su Disposición Adicional Decimotercera, nº 1, suprime el requisito de edad para tener acceso a la prestación de invalidez permanente, poniendo fin a un larguísimo debate doctrinal y jurisprudencial.

2) ¿Son aceptables los «motivos de fondo» alegados por la jurisprudencia para rechazar el percibo del complemento inherente a la invalidez permanente total cualificada, a saber, posibilidad de utilizar facultades residuales, identificación de «empleo» con dependencia retribuida, e irrelevancia de la equiparación contributiva? Ya se ha manifestado nuestra opinión sobre estos puntos; por ello, resulta lógico pensar que la auténtica razón de fondo que todavía sigue impidiendo a los autónomos disfrutar de la prestación de invalidez permanente total cualificada no es otra que la económico-financiera, esto es, el deseo de evitar mayores gastos a un maltrecho sistema de seguridad social³⁰.

M^a CARMEN LÓPEZ ANIORTE
Prof. ayudante de Derecho del Trabajo
Universidad de Murcia

30 Sobre este tema, *La Financiación de la protección social. La reforma financiera del sistema español de Seguridad Social en 1989*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

También, ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA: *Compendio de Seguridad Social*, Cuarta Edición, Madrid, 1991, p. 333, quienes al analizar las razones que motivan el defecto de protección de este colectivo enumeran, entre ellas, las de carácter económico.