

RETA y SETA. El incremento del 20 % en la Incapacidad permanente total cualificada y su posible inconstitucionalidad en los requisitos de acceso

RETA Y SETA. The increase of 20 % in the permanent total qualified Disability and his possible unconstitutionality in the requirements of access

MARÍA ANTONIA PÉREZ ALONSO

PROFESORA TITULAR DE UNIVERSIDAD. DTO. DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.
UNIVERSIDAD DE VALENCIA.

EX-MAGISTRADA SUPLENTE, SALA SOCIAL. TSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.

Resumen

El acceso a la pensión de incapacidad permanente total cualificada en el RETA y en el SETA recibe un tratamiento muy desigual en comparación con los trabajadores por cuenta ajena. La exigencia de que no sean titulares de sus propios medios de producción o de ostentar la condición de arrendatarios podría ser inconstitucional por suponer un trato desigual con los trabajadores por cuenta ajena, a la vez que puede estar vulnerando el derecho a la propiedad privada e ir contra las normas de encuadramiento en el sistema de Seguridad Social.

Abstract

The access to the pension of permanent total disability qualified in RETA and in the SETA, it gets a very unequal treatment in comparison with the workers for foreign account. The exigency of which they are not holders of his own means of production or of showing the lessees' condition might be unconstitutional for supposing an unequal treatment with the workers for foreign account, simultaneously that can be damaging the right to the private property and going against the procedure of straddle in the system of National Health Service.

Palabras clave

Incapacidad permanente; seguridad social; incompatibilidad; autónomos; actividad agraria

Keywords

Permanent Disability; social safety; incompatibility; autonomous; agrarian activity

1. LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Incapacidad permanente total de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General (en adelante, RGSS) aparece descrita en el artículo 194.1 LGSS¹ y se caracteriza porque inhabilita al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta². El grado de total exige que el trabajador no pueda realizar ninguna de las tareas de su profesión habitual o esté inhabilitado

¹ Para el cómputo del período mínimo cotizado exigible sirve el cómputo de las gratificaciones extraordinarias (STS de 28-1-2013, rec. 812/2012).

² STSJ de la C. Valenciana de 6-2-2015, rec. 3045/2014.

para la realización de las fundamentales tareas de su profesión habitual (STSJ de Cataluña de 1-7-2016, rec. 1260/2016; STSJ de Navarra de 17-11-2014, rec. 469/2014)³.

En la calificación de este grado impera la descripción detallada de las tareas que el trabajador realizaba en su profesión habitual⁴, que no debe confundirse con su grupo profesional (STS de 28-2-2005, rec. 1591/2004; STSJ de Extremadura 14-7-2005, rec. 60/2005; STSJ de Madrid de 17-7-2006, rec. 1681/2006). No obstante, resulta posible compatibilizar dos pensiones de Incapacidad permanente total si procede de actividades distintas (STSJ de Andalucía /Granada de 16-7-2015, rec. 941/2015; STSJ de la C. Valenciana de 31-3-2015, rec. 2730/2014), pero no es posible compatibilizar dos pensiones de distintos regímenes si las lesiones son las mismas (STSJ de Cataluña de 7-3-2016, rec. 6997/2015). A la vez resulta posible compatibilizar la pensión de incapacidad permanente total con la pensión de jubilación parcial procedente de una actividad posterior compatible con el grado de incapacidad permanente (STS 28-10-2014, rec. 1600/2013; STSJ de Cataluña 14-3-2014, rec. 5428/2013).

Dentro del grado de incapacidad permanente total resulta posible percibir una cantidad superior cuando nos encontramos en lo que se denomina por la doctrina incapacidad permanente total “cualificada”. Esta situación se produce cuando el beneficiario de la pensión de incapacidad permanente total alcanza una determinada edad. La edad que permite el acceso a dicha situación es la de 55 años. En este sentido, el artículo 196.2.2º párrafo LGSS determina que los “declarados afectos de incapacidad permanente total percibirán la pensión prevista en el párrafo anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su 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”.

La normativa reguladora de la cuantía de la total “cualificada” se encuentra recogida en el artículo 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, sobre prestaciones en el Régimen General de la Seguridad Social⁵, la cual trae su causa del art. 11.4 de la Ley 24/1972, de 21 de junio⁶, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social.

³ STSJ de Madrid de 6-7-2016, rec. 327/2016, el cual sufre sensibilidad química múltiple e hipersensibilidad electromagnética.

⁴ PEREZ ALONSO, M^a. A.: Derecho de la Seguridad Social. Aspectos prácticos. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009, P. 272; ROQUETA BUJ, R.: “La incapacidad permanente”, en AA.VV.: Derecho de la Seguridad social. Editorial Tirant. Valencia, 2015, p. 345; BLASCO LAHOZ, J.F. y LOPEZ GANDIA, J.V.: Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2015, p. 447.

⁵ Artículo 6 D 1646/1972, de 23 de junio, determina que el Incremento de la pensión de incapacidad permanente total es el siguiente: 1. El derecho a incremento de la pensión por incapacidad permanente total previsto en el número cuatro del artículo 11 de la Ley 24/1972 se reconocerá, en su caso, a los trabajadores declarados en dicha situación a partir del 1 de julio de 1972, siendo competente, a estos efectos, el mismo Organismo que reconozca o hubiere reconocido la pensión; 2. El requisito de edad exigido en el precepto legal citado será, como mínimo, de 55 años; 3. El incremento a que el presente artículo se refiere consistirá en un 20 por ciento de la base reguladora que se tome para determinar la cuantía de la pensión; 4. El incremento quedará en suspenso durante el periodo en que el trabajador obtenga un empleo.

⁶ Art.11.4 Ley 24/1972 expresa que los “Los declarados afectos de incapacidad permanente total para la profesión habitual percibirán la pensión prevista en el número anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y

Este incremento es incompatible con el trabajo o con la realización de tareas análogas (STSJ de Cantabria 10-4-2000, rec. 1291/1998) y con las prestaciones por desempleo (STSJ de Cataluña 25-11-2015, rec. 4713/2015)⁷. Precisamente, el artículo 6.4 del Decreto 1646/1972 determina que el incremento quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo. Cuestión distinta se plantea si resulta posible el percibo de la prestación por desempleo cuando el trabajador es declarado incapacitado permanente en el empleo compatible con la primera incapacidad permanente (STS 3-3-2014, rec. 1688/2013).

Así, por tanto, la graduación de total cualificada se obtiene por aquellos que habiendo sido calificados de inválidos permanentes en su profesión habitual, reúnen una serie de circunstancias, como es la falta de preparación o el lugar de residencia, esto es, las circunstancias que rodean al trabajador hace muy difícil obtener otro empleo distinto a su profesión habitual, compatible con la pensión de incapacidad permanente total obtenida.

El reconocimiento de esta pensión, denominada “cualificada”, exige dos condiciones: 1ª) que el beneficiario tenga 55 años de edad; 2ª) que concurran las circunstancias de falta de preparación general o especial, y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia. La acreditación de tales requisitos permite presumir la previsible dificultad para encontrar un empleo compatible con la capacidad laboral residual del beneficiario de la pensión de invalidez permanente total. Es más, los tribunales reconocen el incremento del 20% con solo acreditar el requisito de edad, sin necesidad de probar la dificultad de encontrar un trabajo en una profesión distinta a la que venía desarrollando, de forma habitual, pues tal extremo constituye un “hecho notorio” por las circunstancias socioeconómicas y el elevado nivel de desempleo existentes en nuestro país (por todas, STS de 4 marzo 1992; STSJ Galicia 15-7-2014, rec. 695/2012), esto es, hay un cierto automatismo en el reconocimiento de este incremento del 20% (STSJ de Castilla de Castilla-La Mancha 4-4-2005, rec. 1550/2004).

De esta manera cuando se acredite dificultades para encontrar empleo y falta de formación, además de la edad de 55 años se percibirá el incremento del 20%⁸, esto es, a groso modo, la característica principal de la “cualificada” reside en obtener una mayor cuantía en la pensión de incapacidad permanente.

Este incremento no tiene el carácter de otra pensión sino que es un complemento de la misma, si bien tiene una cierta autonomía para su reconocimiento y está sometido al plazo de reconocimiento de 5 años (STS 12-3-2007, rec. 4885/2005). El incremento del 20% tiene carácter prestacional (STS 29-11-2010, rec. 3355/2009).

De este modo, la total cualificada permite al trabajador obtener un incremento de la pensión consistente en un 20% sobre la base reguladora de la incapacidad permanente total, al alcanzar la edad de 55 años. Precisamente, sobre la constitucionalidad de la exigencia de edad, se pronunció la STC 137/1987, de 22 de julio, que la declaró procedente, por razones financieras. Para el reconocimiento de la total cualificada es suficiente la edad de 55 años y la profesión del trabajador (STS 4-3-1992).

circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior”.

⁷ PEREZ ALONSO, M^a.A.: Derecho de la Seguridad Social. Aspectos prácticos. Ob. Cit., p. 273.

⁸ PEREZ ALONSO, M^a.A.: Derecho de la Seguridad Social. Aspectos prácticos. Ob. Cit., p. 273.

De este modo, cabe destacar que este incremento en la pensión no pierde, en mi opinión, su naturaleza de prestación contributiva y obsérvese, por tanto, que no está condicionado a un límite en el nivel de rentas del trabajador por cuenta ajena sino que, simplemente, está sujeto a que el incapacitado no tenga trabajo en otra profesión distinta a la habitual o que no perciba prestaciones de desempleo, lógicamente, procedente de algún empleo perdido en profesión distinta a la habitual, de la que trae causa la incapacidad permanente total y, por ende, que haya sido compatible con el grado de total para la profesión habitual.

Cabe advertir, que es posible percibir el incremento del 20%, aun cuando el trabajador por cuenta ajena tenga rentas millonarias procedentes de activos financieros, patrimoniales, de inmuebles, etc. siempre que lo que no tenga sea trabajo en una profesión distinta y además, reúna el condicionante de la edad de 55 años.

Por el contrario, para la total cualificada de los trabajadores por cuenta propia cuya actividad sea autónoma, propiamente dicha, o una actividad autónoma de carácter agraria, se les exige que no tengan la titularidad o la condición de arrendatario de sus propias tierras, cuando es evidente que la titularidad de las tierras se mantiene de generación en generación por ser un bien, altamente estimado y con claras connotaciones afectivas y familiares, en suma, la norma pretende que se renuncie a los bienes que han servido para el sustento del autónomo, para que pueda ser merecedor de la “total cualificada”, un absurdo de la propia norma que no tiene justificación y que estaría conculcando, de un lado, el derecho a la propiedad privada y, de otro lado, chocaría con el más elemental principio de igualdad de trato entre trabajadores del RGSS y RETA y SETA, al estar exigiendo para las mismas situaciones diferentes requisitos, además, de ir contra el principio de prestaciones contributivas que están al margen de elementos y requisitos asistenciales de carencia de rentas o carencias de bienes. Es evidente que hay que arbitrar otro mecanismo distinto al fijado en estos momentos.

Por ello, se puede considerar que las condiciones que exige el 38.3º párrafo del D.2530/1970, introducido por R.D. 463/2003, de 25 de abril, para el percibo del incremento del 20%, de la total cualificada, en la pensión de Incapacidad permanente total en las pensiones del RETA y SETA es inconstitucional, por ofrecer un trato desigual y, aparentemente, sin justificación en el acceso al incremento de la total cualificada, como más tarde se verá.

2. LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL EN EL RETA Y EN EL SETA. EL ACCESO AL INCREMENTO DEL 20% EN LA TOTAL CUALIFICADA. SU POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD

En el RETA y por ende en el SETA, de conformidad con el artículo 36 del D 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos se reconoce la Incapacidad Permanente en los

grados de total⁹, absoluta¹⁰ y gran invalidez,¹¹,¹². No se tiene derecho a la parcial derivada de contingencias comunes¹³, pero sí, si deriva de contingencias profesionales¹⁴.

Los conceptos de incapacidad permanente en sus diferentes grados serán los que se determinan para el RGSS, tal y como reza el artículo 36.2 D.2530/1970. No obstante, 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 (art. 36. 2, in fine D.2530/1970). Por su parte, en el artículo 38.3 del D.2530/1970, introducido por R.D. 463/2003, de 25 de abril, sobre reconocimiento del incremento de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual para los trabajadores por cuenta propia, prevé el percibo del incremento del 20% en la total cualificada. No obstante, los tribunales consideran que no procede el percibo del 20% en incapacidades anteriores a 2003 (STS de 21-12-2009, rec. 746/2009; 19-5-2010, rec. 3461/2009; Auto TCO 7-10-2008, rec. 3336/2008).

Conviene destacar que existe diferencias sustanciales y abismales a la hora de interpretar la norma entre la protección que se ofrece a los trabajadores por cuenta ajena del RGSS y a los trabajadores por cuenta propia del RETA y del SETA, siendo mucho más tuitiva si se trata de un trabajador por cuenta ajena que si se trata de un trabajador por cuenta propia.

Considero que esta dualidad de trato debe ser abandonada de inmediato y dar un paso más a la protección en condiciones de igualdad, tanto por parte del Derecho del Trabajo como por parte del Derecho de la Seguridad Social para proteger de igual modo a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia, dado que un trabajador cuenta propia, no es una gran empresa sino una persona física, con la misma necesidad de protección que lo es un trabajador por cuenta ajena, máxime teniendo en cuenta que los tiempos avanzan hacia una generalización del trabajo por cuenta propia, como ya se viene observando con las nuevas formas de autoempleo, emprendimiento, falsos autónomos y cualquier forma distinta utilizada por las grandes empresas para no tener trabajadores por cuenta ajena y, motivado en gran parte, por la robotización de los procesos productivos¹⁵; por tanto, el futuro se presenta frente a una masiva existencia de trabajadores autónomos, a los que los operadores jurídicos no pueden denegarles la protección, siendo que actualmente, por inercia y creencias ancladas en los siglos pasados y con una percepción de realidades erróneas, deniegan la protección del derecho a la seguridad social, a los autónomos y agrarios, como si se tratara de grandes terratenientes, simple y llanamente porque mantienen la titularidad de sus negocios, cuando precisamente, en

⁹ STSJ de Galicia de 21-2-2014, rec. 6125/2011.

¹⁰ STSJ de Andalucía /Sevilla de 27-2-2014, rec. 1253/2013.

¹¹ STSJ de Navarra 12-5-2016, rec. 213/2016.

¹² Resulta posible el acceso a la Incapacidad permanente parcial derivada de contingencias profesionales cuando requiere una disminución del rendimiento normal no inferior al 50%, por aplicación del art. 4.2 del RD 1273/2003, vid. STS 18-10-2016, rec. 2367/2015.

¹³ STS de 29-3-2016, rec. 3756/2014; STSJ de Madrid 13-11-2013, rec. 366/2015.

¹⁴ En cuanto a la fecha de efectos, vid. la STS 22-6-2016, rec. 353/201, fecha de efectos de la prestación reconocida en RETA que considera que cuando el beneficiario se encuentra en alta en dicho régimen y la invalidez ha sido reconocida en sentencia sin haber estado precedida de IT y el beneficiario permanece alta en dicho Régimen, se fija en la fecha del dictamen del EVI que reconoció la IP y no en la fijada por el INSS que era la fecha de baja en el RETA por entender que el alta en dicho régimen supone la realización de trabajo efectivo; vendedora a domicilio.

¹⁵ MONEREO PEREZ, J.L.: “Transformación del trabajo y futuro del derecho del trabajo”, en Revista de Derecho de las Relaciones laborales nº 5/2016.

el percibo de la pensión de jubilación ésta circunstancia ya se admite como hecho o situación posible, siempre que exista un regente del negocio distinto al pensionista.

Actualmente, se está impidiendo a los trabajadores por cuenta propia el acceso a la pensión de seguridad social, principalmente en materia de incapacidad permanente, en igual de condiciones que la ofrecida a los trabajadores por cuenta ajena, elaborando los más variopintos argumentos para dar tratos diferentes, cuando lo cierto es, que todos los trabajadores trabajan (cuenta ajena y propia), todos los trabajadores cotizan (cuenta ajena y propia) y, si, se apura, incluso, los trabajadores autónomos trabajan muchas más horas, sin limitación de jornada, siendo por tanto su trabajo más duro y penoso, lo que repercute negativamente en su salud, amén de exigirles estar al corriente en el pago de las cuotas para el percibo de las prestaciones, de modo que al mismo grado de invalidez debería ser misma cuantía y mismos condicionantes en el acceso de la pensión. Precisamente, se tiende a la homogeneidad de todos los regímenes hacia el RGSS (como sucedió con futbolistas, representantes de comercio, empleados de hogar, agrarios cuenta ajena), máxime cuando el mismo decreto regulador de autónomos determina que los conceptos de incapacidad permanente en sus diferentes grados serán los que se determinan para el RGSS, tal y como reza el artículo 36.2 D.2530/1970.

Así, el diferente trato a la hora de acceder a la incapacidad permanente, se puede ver en la STCO de 27-3-2006, rec. 6411/2003¹⁶, donde se puede observar, claramente, la diferente vara de medir entre el RGSS y el RETA en el acceso a la Incapacidad permanente en un supuesto de pluriactividad. Así, el recurrente, trabajador de alta en dos regímenes diferentes de la Seguridad Social como consecuencia de sus actividades simultáneas como trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena, sufrió un infarto de miocardio en virtud del cual solicitó la declaración en ambos regímenes de la situación de invalidez permanente absoluta, declaración que obtuvo finalmente en el RGSS, mediante Sentencia de 5 de marzo de 2002 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que consideró que las lesiones sufridas inhabilitaban al trabajador para cualquier profesión u oficio, mientras que en el caso del RETA la solicitud fue desestimada por Sentencia de la misma Sala y de la misma fecha en la que se declaraba que las lesiones del actor, no sólo no le inhabilitaban para el desarrollo de cualquier tarea ocupacional que el mercado de trabajo pudiera ofertarle, sino ni siquiera para las propias o más fundamentales de su profesión habitual de administrativo.

De otro lado, cabe destacar que el incremento del 20% no estaba recogido para los autónomos hasta el R.D. 463/2003, de 25 de abril (STSJ de Cantabria de 20-11-2013, rec. 679/2013), si bien, los condicionantes que se han consignado en este precepto lo hacen prácticamente imposible de percibir, puesto que se exige no sólo no ser titular de la explotación mercantil o industrial, sino que además cuando se trate de explotación agraria o marítimo-pesquera, no se tenga la condición de propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

Además se considera que el incremento del 20% no se puede reconocer como se hace en el RGSS, mediante el denominado “automatismo” en el reconocimiento de dicho incremento, siendo necesario en el RETA y SETA acreditar las circunstancias que originan el

¹⁶ El argumento empleado por el TCO para estimar el recurso no fue tanto la vía del artículo 14 CE sino el artículo 24 CE referido a la tutela judicial efectiva.

percibo del incremento, puesto que en el RETA y SETA, las exigencias establecidas para su concesión son distintas, sin que las mismas puedan entenderse probadas por notoriedad, siendo necesario acreditar las circunstancias que lo acreditan (STSJ de Castilla-La Mancha 4-4-2005, rec. 1550/2004)¹⁷.

Los requisitos que exige el artículo 38.3º párrafo del D.2530/1970, para poder percibir la total “cualificada” y percibir el 20% son los siguientes:

- a) Que el pensionista tenga una edad igual o superior a los 55 años;
- b) Que el pensionista no ejerza una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social.

El incremento de la pensión quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo o efectúe una actividad lucrativa por cuenta propia que sea compatible con la pensión de incapacidad permanente total que viniese percibiendo (STS de 5-6-2015, rec. 2204/2014). Este incremento se le deniega por no acreditar que ha abandonado la titularidad del establecimiento mercantil en el que desempeñaba su actividad como autónomo¹⁸. En el mismo sentido, se mantiene la STS de 15-7-2015, rec. 2204/2014, al considerar que “deben concurrir conjuntamente los tres citados requisitos que el señalado precepto legal exige, por lo que no basta con el cumplimiento de la edad de 55 años, y ni siquiera tampoco con el de no ejercer actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia; sino que es necesario, además, que no se ostente la titularidad real de un establecimiento mercantil en condición de propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo. Es palmario, que con esta regulación, el legislador quiere garantizar plenamente que el pensionista no ejerce actividad mercantil o comercial alguna, así como impedir que tenga acceso al incremento del 20% de la pensión quien continua percibiendo ingresos económicos derivados de la explotación de un establecimiento mercantil, aun cuando haya cesado en la actividad profesional. En este sentido, conviene recordar, que también en el RGSS el incremento del 20% es un derecho excepcional, vinculado no solo al cumplimiento de la edad de 55 años, sino también a las circunstancias sociales y laborales del pensionista que le impiden encontrar una nueva actividad retribuida, como indica el art. 139.2 de la LGSS, por lo que no es extraño que el legislador haya querido establecer una cautela de similar naturaleza al extender este beneficio al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”.

Esta misma posición, había sido precisamente mantenida por otras resoluciones judiciales y así, se dice que el percibo del incremento es incompatible con la realización de actividades por cuenta propia (STSJ de Galicia de 15-7-2014, rec. 695/2012). Se le deniega el incremento del 20% en la prestación por incapacidad permanente total por ostentar la titularidad de establecimiento mercantil (SJS nº 3 de Pamplona 12-9-2014, rec. 1265/2013); este incremento

¹⁷ La doctrina del TS en orden al reconocimiento del incremento del 20% para los trabajadores del RGSS se rige por el automatismo, según expresa las SSTS 13-11-2000 (RJ 2000, 9638) y de 11-12-2000 (RJ 2001, 806), puesto que una vez que consten como hechos probados la edad del solicitante, superior a los 55 años, y la profesión del trabajador, las circunstancias sociales y laborales de dificultad de readaptación profesional pueden ser reconocidas sin necesidad de actividad probatoria específica cuando constituyan hechos notorios» (STS de 10-03-87 [RJ 1987, 1378] y 4-03-92 [RJ 1992, 1617]); sin embargo en el RETA, las exigencias establecidas para su concesión son distintas, sin que las mismas puedan entenderse probadas por notoriedad.

¹⁸ Vid. STSJ de Galicia de 15-7-2014, rec. 695/2012, donde se realizó actividad económica de explotación ganadera.

se le deniega por no acreditar que ha abandonado la titularidad del establecimiento mercantil en el que desempeñaba su actividad como autónomo (STSJ de Galicia de 15-7-2014, rec. 695/2012, donde se realizó actividad económica de explotación ganadera).

Pero, por el contrario, nos puede servir la STS de 1-12-2009, recud. 1674/2008, a modo de paralelismo donde se permite el percibo de la pensión de invalidez permanente absoluta con el desempeño de cargo de administrador social retribuido, por lo que la condición de mantener la titularidad del negocio, no impide considerar la posibilidad de seguir cobrando la incapacidad permanente¹⁹.

c) Que el pensionista no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

Precisamente, es la letra c) del artículo 38 D.2530/1970 la que, en mi opinión, se puede considerar que el tratamiento ofrecido a los autónomos es de todo punto inconstitucional, pues condiciona el percibo de dicho incremento a que el autónomo o bien no ostente la titularidad del establecimiento mercantil o industrial o bien, para el caso, de tratarse de una explotación agraria o marítimo-pesquera, no ostente la posición como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

De ahí que, una primera lectura, podría dar lugar a considerar que estamos en una situación paralela entre el trabajador por cuenta ajena del RGSS y el trabajador por cuenta propia o autónomo del RETA o del SETA, a los que aparentemente se les trataría de igual modo. Ahora bien, si por el contrario, analizamos determinados casos concretos podemos concluir que al trabajador autónomo se le trata de peor condición que al trabajador por cuenta ajena, por una razón cuya lógica es totalmente aplastante, el trabajador por cuenta ajena, como sabemos es ajeno a los medios de producción, por tanto, carece de cualquier posesión en los medios de producción y, por ello, queda excluido de cualquier consideración por parte del legislador en estos términos para centrar la incompatibilidad para el percibo de su incremento, salvo que, realice actividad cuenta ajena, en cuyo caso, deviene incompatible con el percibo del incremento de la total cualificada.

Por el contrario, precisamente el trabajador autónomo precisa, de manera permanente de la titularidad de su negocio para el ejercicio de su profesión y si bien, es cierto, que no sería posible, en la lógica actual, compatibilizar el percibo de la pensión con mantener la titularidad del negocio y el ejercicio de su profesión es por ello que el precepto determina que no se ostente la titularidad del negocio, siendo lógica la consecuencia de determinar incompatibilidad entre el ejercicio de la profesión y el percibo de la pensión de invalidez, si bien con los matices que más tarde se verán; no obstante, ya se permite la compatibilidad entre negocio y pensión mediante la denominada jubilación activa.

¹⁹ El sistema legal ha partido de una reducción muy amplia de las posibilidades de empleo del incapacitado absoluto, pero no ha establecido una incompatibilidad general entre la pensión y las rentas de trabajo. La incompatibilidad queda reducida a las actividades no adecuadas para el incapacitado, debiendo resolverse las demás a favor de la compatibilidad o de la revisión del grado, según expresa, la STS de 1-12-2009, recud. nº 1674/2008, ponente Aurelio Desdentado.

Ahora bien, más problemática se presenta con la segunda incompatibilidad que se recoge en el mismo precepto en el sentido de establecer que cuando se trata de una explotación agraria o marítimo-pesquera, resulta preciso para poder percibir el incremento del 20% no ostentar la posición como propietaria, arrendataria, usufructuaria u otro concepto análogo. De este modo, la norma incompatibiliza el percibo del incremento, para tareas agrarias o marítimo-pesqueras siempre que no se ostente ni la posición de propietario, arrendatario, usufructuario o concepto análogo y es, precisamente, en este apartado donde más disfunciones se pueden plantear entre la práctica y la legalidad, caso de la STS 5-7-2016, rec. 379/2015, objeto del presente comentario y que más tarde se comentará, amén de otras disfunciones que se presentan con las normas de encuadramiento, referidas al sistema especial de trabajadores autónomos, conocido como SETA y que aparecen descritas en el artículo 324 LGSS.

3. EL INCREMENTO DEL 20% EN LA TOTAL CUALIFICADA DEL RETA Y SETA Y SU POSIBLE COMPATIBILIDAD CON OTRAS RENTAS PROCEDENTES DE ACTIVOS

Si tomamos en consideración los datos que ofrece la STS 5-7-2016, recud. 379/2015, que es desestimado contra la sentencia del TSJ de Andalucía/Granada de 8-10-2014, objeto de este comentario, lo más destacable es lo siguiente:

1º.- Al trabajador encuadrado en el SETA, se le reconoce una incapacidad permanente total para la profesión habitual a la edad de los 63 años y éste recurre la sentencia de instancia solicitando una absoluta y subsidiariamente, una total cualificada, denegándose ambas.

2º.- El autónomo agrícola había arrendado las fincas a sus dos hijos por período de 5 años, a cambio del 10% de la cosecha o 2.250 euros anuales, además de la subvención íntegra.

El Tribunal considera que el incremento del 20% no se vincula solo a la existencia de la edad de 55 años sino a la concurrencia de los requisitos adicionales que se recogen en el artículo 38.1 del D. 2530/1970, de 20 de agosto y así, el tribunal considera con base en la STS de 15-7-2015, rec. 2204/2014, que para el percibo del 20% deben concurrir los tres requisitos del precepto, de modo que no basta tener 55 años y, ni siquiera tampoco con el no ejercer actividad retribuida por cuenta ajena o propia, sino que es necesario además, que no ostente la titularidad real de un establecimiento mercantil en condición de propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo (F.J. nº 2º).

Cabe destacar que, el tema es controvertido y pese a la posición de estas sentencias existen otras resoluciones judiciales con opciones distintas.

Los supuestos que en la práctica pueden presentarse son variados y no están delimitados con exactitud por la norma. Así, por ejemplo, no está delimitado con suficiente nitidez si la obtención de rentas procedentes de locales comerciales estarían o no vetadas para la consecución del 20% de la total cualificada. Esta situación ha sido afrontada por la STSJ de Cantabria 20-11-2013, rec. 679/201, la cual considera que no es impedimento para el percibo del 20%, de la total cualificada, el percibo de rentas derivadas del arrendamiento de local de negocio, de tal modo que se concluye que “aunque ostenta la titularidad de dos inmuebles, que son locales comerciales, con una participación del 50% y que se encuentran alquilados, estando además en alta en el impuesto de actividades económicas, en el epígrafe 8612 (alquiler de locales industriales), el tribunal reconoce el complemento del 20%.

El hilo argumental utilizado es considerar que no puede equipararse su participación en el arrendamiento de los locales de negocio, con una actividad retribuida por cuenta ajena o propia, que determine su inclusión en cualquier régimen de Seguridad Social”. En este sentido, la sentencia determina que: “La incompatibilidad del incremento del 20%, no comprende cualquier tipo de emolumentos que el pensionista pueda percibir, en virtud de la titularidad que ostente sobre un determinado bien inmueble, sino que solo es incompatible en aquellos casos en los que se acredite que el sujeto sigue percibiendo, aunque solo sea en parte, los beneficios económicos que el negocio sigue generando. De ahí que el precepto se refiera exclusivamente a los “establecimientos mercantiles o industriales (...). Cabe interpretar que el controvertido art. 38.1.c) del Decreto 2530/1970, solo comprende los supuestos en los que la titularidad recae sobre el establecimiento en el que se desarrolla una determinada actividad mercantil o industrial por parte de un tercero, que determina una participación en las ganancias o beneficios derivados de la misma. Pero no, en los supuestos en los que dicha titularidad solo afecta al bien inmueble, aunque como consecuencia de un contrato, como el arrendamiento, se obtengan las correspondientes rentas pues el precio pactado en concepto de alquiler, no supone participación alguna en los beneficios derivados de la actividad mercantil o industrial que se desarrolle en el mismo (...). Conviene precisar que a lo anterior, no se opone el hecho de que el actor se encuentre en situación de alta en el impuesto de actividades económicas, pues éste impuesto grava, de forma directa, no solo la realización de actividades empresariales, sino también cualquier tipo de actividad económica o artística y de hecho, el alquiler de locales, no se encuentra entre las actividades empresariales, sino en las económicas”.

En otro orden de cosas, considero que el impedimento de la norma o las especiales exigencias en el acceso a la cualificada y por ello al 20% carecen de justificación, dado que en la práctica, para el percibo de la pensión de jubilación de un trabajador del RETA y SETA, el titular del negocio puede mantener la titularidad del negocio, pero ello implica que tenga un persona regente del negocio con amplios poderes para ejercer las funciones inherentes a la titularidad del negocio, causando el regente alta en RETA²⁰. Lógicamente, el titular puede mantener la titularidad pero no la actividad laboral, pero sí que puede mantener la titularidad en Hacienda y en Seguridad Social (STSJ de Cantabria de 20-11-2013, rec. 679/2013; en parecidos términos, STS de 1-12-2009, recud. nº 1674/2008).

De este modo, el argumento debería ser el mismo para el percibo del complemento del 20%, en el RETA y SETA, esto es, se debería percibir, aun cuando se mantenga la titularidad siempre y cuando no se realice actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, según reza el artículo 38.3.b D. 2530/1970.

A mayor abundamiento para nuestra tesis, nos sirve el propio artículo 324 LGSS, quien al establecer los requisitos para el encuadramiento en el SETA en el que se exige entre otros requisitos, ser titulares de una explotación agraria y obtener, al menos, el 50 por ciento de su renta total de la realización de actividades agrarias u otras complementarias, siempre que la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria realizada en su explotación no sea

²⁰ STSJ de Cataluña de 27-11-2013, (contenciosos-advo), rec. 256/2012: alta de oficio: improcedencia: persona que siendo pensionista tiene el mero mantenimiento de la titularidad del negocio y desempeña las funciones inherentes a dicha titularidad; STSJ de Asturias 28-2-2014, rec. 318/2014, incompatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el desempeño de un trabajo por cuenta propia.

inferior al 25 por ciento de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias de las mismas, sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total.

Precisamente, si se observan las normas de encuadramiento en el SETA, resulta palpable que para poder estar encuadrado en este sistema especial es necesario obtener unos determinados rendimientos procedentes de las actividades agrarias, cifrados en el 50% y siempre que la parte obtenida directamente de la actividad agraria no sea inferior al 25%, de tal modo que, en mi opinión, no bastaría para desestimar la total cualificada en el RETA y en el SETA, mantener la titularidad u ostentar la posición como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo, como exige el artículo 38.c) del D.2530/1970, para el percibo de este incremento porque dichos requisitos están claramente en contra de las normas actuales de encuadramiento del propio RETA y SETA del artículo 324 LGSS y, a su vez, en clara contradicción con el trato que se ofrece a los propios trabajadores por cuenta ajena para el acceso al mismo incremento del 20% en la total cualificada, puesto que a éstos últimos, se les presume una falta de preparación para encontrar otro empleo, por el mero hecho de tener la edad de 55 años, como se ha expresado anteriormente, sin tomarles en consideración otras percepciones que les pueden proceder de bienes o rentas que perciban de recursos económicos, propiedades, activos financieros, etc.

En mi opinión este trato diferente que ofrece la norma es inconstitucional porque la situación, pese a las distintas posiciones judiciales, se puede considerar atentatorio del principio de igualdad, máxime teniendo en cuenta que para el acceso a las pensiones de incapacidad permanente en el RETA y SETA se rige por las normas del RGSS por expresa disposición del artículo 36 del D.2530/1970²¹ y artículo 318 c) LGSS, de tal modo que resulta difícil y no justificable un trato diferente entre el RGSS y el RETA y SETA. De este modo, solo se justifica un trato diferente ante situaciones diferentes²², padeciendo el trabajador invalido permanente total del RETA y SETA, la misma situación de necesidad para el percibo del incremento del 20%, dado que ya tiene una situación incapacitante en el grado de total que le impide realizar la profesión habitual, y una determinada edad, la de 55 años, que le dificulta encontrar otra actividad compatible con su situación de invalidez en paralelo con los trabajadores por cuenta ajena.

A mayor abundamiento, el precepto el artículo 38.c) del D.2530/1970, entronca directamente con el derecho de la propiedad privada recogido en el artículo 33 de la CE²³, pues precisamente, el artículo 38 del D. 2530/1970 penaliza “mantener la titularidad u ostentar la posición como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo”, esto es penaliza ser propietario, cuando precisamente, esto es lo que caracteriza y justifica la diferencia entre trabajador cuenta propia y cuenta ajena, ser o no ser propietario de los medios

²¹ Artículo 36 D.2530/1970 Situación protegida y conceptos: Uno. 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 absoluta para todo trabajo y gran invalidez; Dos. Los conceptos de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez, serán los que se determinan para el régimen general de la Seguridad Social. No obstante, 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.

²² STCO 30-10-2003, rec. 1836/1997.

²³ Vid. TEDH Caso latridis contra Grecia. Sentencia de 25 marzo 1999, Demanda núm. 31107/1996 sobre interpretación del derecho de propiedad privada que engloba no solo la propiedad de bienes corporales; algunos otros derechos e intereses que constituyen activos pueden también pasar como «derechos de propiedad» y como «bienes».

de producción, de tal modo que no puede ser ese el impedimento para el percibo de la “cualificada”, pues en tal caso se está pidiendo una condición de imposible cumplimiento o, simplemente, aboca al RETA y SETA a tener que vender sus bienes de producción para poder percibir el complemento de la “cualificada”. Simplemente, un absurdo, un despropósito y, por ende, un trato desigual con los del RGSS, pues éstos, los trabajadores por cuenta ajena, pueden ostentar bienes de toda clase como propietarios y no, por ello, les resulta incompatible con el percibo de la “cualificada”, máxime teniendo en cuenta que estamos ante prestaciones contributivas que están en función de lo cotizado al sistema de Seguridad Social.

Otro tanto sucede con otra condición que se le exige al RETA y SETA para poder recibir la cualificada y que consiste en que si se ha realizado tareas agrarias no ostente la posición como, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo para el percibo de este incremento. Precisamente, estas condiciones vuelven a situar al RETA y SETA de peor condición que al trabajador del RGSS, esto es, el artículo 38 c) del D. 2530/1970, vuelve a chocar claramente con el derecho a la propiedad privada, pues exige que no se ostente la condición de arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo, precisamente, esta exigencia carece directamente de sentido, si bien resulta más fácil de sortear la incompatibilidad simplemente dejando de ostentar alguna de estas posiciones para el supuesto de que las tierras no sean del pensionista. Pero, por el contrario, si el propietario de las tierras es el propio pensionista y tras la declaración de incapacidad permanente total arrienda las tierras a sus hijos o familiares o terceros, en tal caso, la STS de 5-7-2016, rec. 379/2015 no le permite tampoco el acceso al incremento del 20% al considerar que se ostenta la posición de arrendador, usufructuario o concepto análogo.

A mi juicio, esta solución del tribunal supremo es totalmente injusta y errónea, porque el percibo de unas pequeñas rentas, concretamente, el 10% o 2.250 euros anuales procedentes del alquiler de las tierras no es equiparable a tener la condición de arrendador de tierras para la explotación y ejercicio de las mismas, de las que se derivaría el encuadramiento en el SETA, según el artículo 324 LGSS. De este modo, el derecho a la propiedad privada y derecho a ejercer el arriendo y otros derechos reales sobre nuestros bienes y cosa, de los artículos 33 de la CE y 348 y ss. del Código Civil y artículo 1 de la Carta social europea²⁴, choca con el artículo 38 c) del D. 2530/1970 con la más pura lógica, puesto que precisamente, si analizamos de nuevo el artículo 324.2 LGSS que determina los requisitos de ejercicio de la actividad agraria encuadrable en el SETA y por ende, en el RETA, nos encontramos con que a “los efectos previstos en este sistema especial, se entiende por explotación agraria el conjunto de bienes y derechos organizados por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, y que constituye en sí misma unidad técnico-económica, pudiendo la persona titular o titulares de la explotación serlo por su condición de propietaria, arrendataria, aparcerera, cesionaria u otro concepto análogo, de las fincas o elementos materiales de la respectiva explotación agraria. A este respecto se entiende por actividad agraria el conjunto de trabajos que se requiere para la obtención de productos agrícolas, ganaderos y forestales”. De esta manera no puede servir el mantenimiento de la titularidad de los derechos reales como justificativo de la denegación del incremento del 20%, al menos, en el plano de las prestaciones contributivas, sí que puede ser el ejercicio de la actividad productiva, como en el RGSS, pero no la mera titularidad de los bienes porque vulnera el derecho de propiedad privada.

²⁴ Parte 1. 1.-Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido; Vid. sobre el estudio de la Carta social europea a SALCEDO BELTRAN, C.L.: “La aplicabilidad directa de la Carta social europea”, en *Revista Trabajo y Derecho* nº 13/2016; JIMENA QUESADA, L.: “El comité europeo de derechos sociales”, en *Revista europea de derechos fundamentales* nº 25/2015.